

## Autodeterminazione, libertà religiosa e consenso medico

di Elena Falletti

Sommario: 1. Una domanda di libertà. 2. Il segno del divino: la circoncisione maschile. 3. Il controllo del piacere sessuale: le mutilazioni genitali femminili. 4. Una questione di sangue: la proibizione delle trasfusioni per i Testimoni di Geova. 5. La presunta imposizione di valori etici: l'obbligatorietà dei vaccini. 6. Oltre confine: il dibattito comparatistico delle scelte di fine vita delle persone incapaci. 7. La connessione tra l'art. 5 sulla pianificazione condivisa delle cure e il silenzio sull'obiezione di coscienza nella nuova legge 14 dicembre 2017, n. 219

### 1. Una domanda di libertà.

Riflettere sul rapporto tra autodeterminazione, consenso medico e religione focalizzandosi sulla libertà racchiude in sé il forte rischio di banalizzare la relazione tra il singolo (la persona malata, capace o incapace), il medico (il portatore della conoscenza tecnica e del sapere scientifico), lo Stato (nella forma di due suoi poteri: legislativo e giudiziario) e il diritto di libertà, specificamente quella religiosa, da un lato e dall'altro lato i beni supremi della vita e della salute, senza i quali l'esistenza non può essere vissuta in modo pieno e dignitoso.

Il compito che ci si è prefissati, nella consapevolezza dei propri limiti, è dunque assai gravoso e il rischio della superficialità è incombente. Vale la pena tentare di porre in fila alcuni tra i tentativi della ricerca di un equilibrio rispettoso delle esigenze degli uni, cioè degli individui coscienti di essere "*prospective patients*", rispetto alle rivendicazioni di ruolo e invadenze di tutti gli altri, cioè medici, poteri statuali, conoscenze scientifiche e finanche i familiari e i parenti, speranzosi di garantire la miglior cura e tutte le attenzioni possibili ai loro cari sofferenti.

Nei casi di pazienti affetti da malattie degenerative irreversibili, norme e rapporti (giuridici e fattuali) relativamente al rispetto al bilanciamento tra diritto all'integrità fisica, diritto alla salute e libertà religiosa vengono messi in discussione. Tale panorama si presenta già complesso quando si tratta di individui capaci di intendere e volere, ma diventa ancor più drammatico nel caso di persone incapaci (vuoi per la loro minore età, vuoi per la loro patologia).

Le scelte individuali collegate alla libertà religiosa si inseriscono in questo preciso punto. Storicamente la libertà religiosa si è evoluta attraverso la competizione tra poteri sovrani e comunità di fedeli<sup>1</sup>. Alcuni autorevoli autori hanno osservato che la condivisione sociale del credo crea una comunanza moralmente coesa e una coscienza collettiva<sup>2</sup>. Infatti, la coerenza religiosa e l'omogeneità culturale sono considerate un prerequisito dello stato costituzionale<sup>3</sup>.

A parere di chi scrive, tale approccio non sembrerebbe più coerente con l'epoca contemporanea, la quale invece identifica nel multiculturalismo e nella frammentazione, anche dell'espressione religiosa dei cittadini<sup>4</sup>, il suo tratto caratterizzante. Sotto questo aspetto, occorre sottolineare che la società contemporanea è parcellizzata tra diverse fedi, mentre tra i consociati è crescente la presenza di agnostici. Ciò nonostante, tale ultima circostanza non cela le rivendicazioni di coloro che professano convintamente una fede religiosa, seguendo in modo rigoroso i principi di questa. Infatti, l'aspetto religioso del tema assume rilievo dal momento che uno degli elementi fondamentali riguardanti l'espressione del consenso informato concerne il confine estremo della vita, sia al suo inizio, sia alla sua fine.

---

1 A. Sajó, R. Uitz, *Freedom of Religion*, in M. Rosenfeld, A. Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, p. 909.

2 E. Durkheim, *Le forme elementari della vita religiosa*, (1912) trad. it. a cura di M. Rosati, Mimesis, Milano-Udine 2013; A. Sajó, R. Uitz, *Freedom of Religion*, cit.

3 E. W. Böckenförde, *Recht, Staat, Freiheit, Studien zur Rechtsphilosophie und Verfassungsgeschichte*, Suhrkamp, 2006; A. Sajó, R. Uitz, *Freedom of Religion*, cit.

4 Corte europea dei diritti umani 5 dicembre 2017, n. 57792/15, Hamidović c. Bosnia Erzegovina.

Sotto il primo profilo emerge la questione su chi abbia giuridicamente il potere di sospendere le cure ai pazienti minori ovvero incapaci cure: i familiari, i medici o l'autorità statale? Sotto il secondo profilo, già da tempi immemorabili è solida convinzione che i confini della vita siano indisponibili alla volontà umana. Ad esempio, Chirone ferito da Ercole e annichilito da dolori atroci, chiede a Zeus di porre fine alla sua immortalità, ma Zeus rifiuta perché anche il suo potere divino è sottoposto a limiti e certe norme fondanti non possono essere valicate neppure dal Signore degli Dei<sup>5</sup>. Invece, oggi l'uso delle moderne tecniche mediche e di rianimazione può comportare il prolungamento della vita, e della sofferenza oltre i confini biologici, seppure non costringendo alcuno a vivere per l'eternità come nel caso di Chirone, ma astrattamente oltre i desideri della persona curata<sup>6</sup>.

A questo proposito, la nuova legge 219/2017 ha consentito a ciascun paziente di esprimersi attraverso la manifestazione del consenso informato (Art. 1), ovvero la redazione della pianificazione condivisa delle cure (Art. 5), ovvero la redazione delle direttive anticipate di trattamento (Art. 4). Si tratta di un risultato importante nella tutela della libera autodeterminazione del paziente, traguardo raggiunto dopo un percorso controverso, anche se occorrerà attendere l'instaurarsi di prassi applicative per valutare compiutamente l'impatto di tale normativa.

Questo contributo è nato da riflessioni proposte durante la conferenza genovese del 26 e 27 settembre 2017 su "Pluralismo religioso, forma di Stato e autonomia privata". In questa sede si è allargato lo sguardo anche a altre fattispecie dove il consenso informato, l'incapacità (per età o per stato mentale) e l'influenza di fattori esterni hanno un ruolo rilevante, pertanto si concentra sulla capacità di dare consenso, la presenza dell'elemento religioso e della necessità dell'intervento medico, alla luce della "necessaria laicità del diritto"<sup>7</sup>. A questo proposito, paiono interessanti quelle fattispecie che intersecano la manifestazione del credo con atti con antiche origine culturali incidenti sull'integrità fisica e che nel sentire delle convinzioni chi le effettua sono direttamente collegate con la religione. In particolare nei casi di circoncisione, trasfusione del sangue, obbligo vaccinale, fine vita e obiezione di coscienza.

## **2. Il segno del divino: la circoncisione maschile**

Anche se le origini della circoncisione sono antichissime<sup>8</sup>, addirittura risalente agli Egizi e alle civiltà mesopotamiche, essa assume ancora significato attuale e importante da parte dei fedeli di due religioni monoteiste: ebraismo e islamismo, seppure con caratterizzazioni differenti<sup>9</sup>.

La circoncisione rituale ebraica è praticata da un parente, in genere il padre del bambino o da una persona di religione ebraica specializzata nella pratica (*mohele*) l'ottavo giorno dopo la nascita del neonato. Si tratta di un rituale che trova fondamento nella Genesi biblica (Gen 17:12) e che contempla un intervento senza anestesia, praticato in casa, o in sinagoga, di fronte alla comunità. Tale atto rappresenta l'alleanza tra Dio e il Popolo Eletto ed inserisce il bambino nella società imponendogli il nome<sup>10</sup>.

Su tale rito è stato detto che *"l'intreccio tra circoncisione e identità ebraica è reale e non può essere ignorato, come non possono essere ignorati i limiti medici e legali che attengono al nucleo più profondo del nostro ordinamento, che appresta particolare tutela al rispetto dei diritti individuali e*

---

5 F. Cavalla, *L'origine e il diritto*, Franco Angeli, Milano, 2017.

6 M. Donini, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, 17 marzo 2017, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it)

7 G. Ferrando, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Fam. e dir.*, 2011, p. 524, G. Di Cosimo, *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso: il caso del divieto di donazione dei gameti*, Stato, chiese e pluralismo confessionale, n.21/2013, p. 2.

8 A. Totaro, A. Volpe, M. Racioppi, F. Pinto, E. Sacco, P. F. Bassi, *La circoncisione tra storia, religione e giurisdizione*, *Urologia* 2011; 78 ( 1 ): 1 -9, 1.

9 T. Di Iorio, *Segni sul corpo e ferite nell'anima. Manipolazione degli organi genitali dei minori e diritti violati*, in Stato, Chiese e Pluralismo confessionale, 2016, n. 25, p. 10, n. 29.

10 T. Di Iorio, *Segni sul corpo e ferite nell'anima*, cit.

*alla salute psico-fisica di ogni membro appartenente alla società*<sup>11</sup>, indipendentemente dal suo credo religioso, verrebbe da aggiungere.

Presso la religione islamica, il fondamento religioso della circoncisione maschile è controverso<sup>12</sup>, dato che essa era precedente alla conversione all'Islam delle popolazioni conquistate dai musulmani<sup>13</sup>, tuttavia esso troverebbe fondamento nella sura XVI, 123 del Corano. I fedeli musulmani la praticano ai bambini in età prepuberale, dai tre ai dodici anni.

In diritto comparato è molto nota e discussa la decisione del *Landesgericht Köln*<sup>14</sup>, secondo il quale prevale il diritto all'integrità fisica e alla libertà religiosa del minore rispetto alla volontà dei genitori esercenti la potestà di imporre sul figlio pratiche rituali. La causa concerneva l'accusa contro un medico per lesioni fisiche per aver praticato su un minore dell'età di quattro anni la circoncisione rituale, con il consenso dei genitori appartenenti alla fede islamica. Tale operazione ha provocato sul piccolo paziente un'emorragia curata presso il pronto soccorso dell'ospedale universitario cittadino. In primo grado il sanitario era stato assolto con una sentenza del 21 settembre 2011, mentre la *Staatsanwaltschaft* ha impugnato tempestivamente siffatta decisione, sicché i giudici d'appello hanno condannato il sanitario per il reato di lesioni ai sensi del § 223 StGB<sup>15</sup>, allora vigente.

Il punto critico della condanna del medico concerneva il diritto all'integrità fisica del minore, leso dalla circoncisione autorizzata dai suoi genitori, in nome della libertà di manifestare la propria fede religiosa, e conseguentemente la propria appartenenza identitaria culturale. A parere dei giudici d'appello di Colonia il diritto all'integrità fisica di ciascun soggetto, quindi anche del minore, prevarrebbe sul diritto dei genitori a trasmettere al figlio la propria religione, anche se questo è tutelato dalla libertà di educazione e di religione. Su questo punto i giudici hanno sostenuto che debba prevalere il diritto del minore alla propria autodeterminazione religiosa e alla propria integrità fisica, consistendo la circoncisione in una lesione irreversibile. Pertanto, la potestà genitoriale dovrebbe essere esercitata funzionalmente alla tutela del benessere e della salute del minore.

Da questa decisione si è sviluppato il dibattito, prima sociale e poi politico, dal quale è emersa la contrarietà a questo approccio da parte delle comunità ebraica e musulmana tedesche da un lato, e le preoccupazioni dei medici che si sarebbero visti soggetti di sanzioni penali per l'effettuazione di interventi analoghi<sup>16</sup> dall'altro lato.

Entrambe siffatte istanze hanno trovato ascolto in sede legislativa, dove stata promossa la modifica del BGB con l'introduzione del §1613d, il quale autorizza i genitori a far sottoporre i propri figli maschi a circoncisione<sup>17</sup>. La ratio di siffatta modifica legislativa riguarda il bilanciamento tra la libertà religiosa, anche attraverso pratiche religiosamente e culturalmente connotate, e il diritto all'integrità fisica della persona sottoposta alla pratica rituale, generalmente un minore<sup>18</sup>. Il fulcro del bilanciamento riguarderebbe l'esecuzione secondo "le regole dell'arte medica, introducendo un correttivo all'eccessiva discrezionalità dettata dal motivo religioso e culturale"<sup>19</sup>. Tuttavia, la questione rimane parzialmente inevasa, poiché seppure effettuato attraverso i crismi della chirurgia, si tratta comunque di un intervento su minore, che al massimo potrebbe essere in grado di esprimere discernimento (in quanto nella religione islamica tale circoncisione è effettuata entro la pubertà), ma

11 Cass. pen. Sez. VI, Sent., (ud. 22/06/2011) 24-11-2011, n. 43646.

12 T. Di Iorio, ult. op. loc. cit.

13 A. Totaro, A. Volpe, M. Racioppi, F. Pinto, E. Sacco, P. F. Bassi, *La circoncisione tra storia*, cit. p. 2.

14 151 Ns 169/11, 7 maggio 2012

15 V. Pusateri, *Uno sguardo oltralpe: la Corte d'Appello di Colonia ritiene che la pratica di circoncisione maschile cd. rituale integri reato*, 26 settembre 2012, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it),

16 In dottrina, V. E. Demichielis, *La recente legge tedesca in tema di circoncisione maschile*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, consultato su [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

17 V. E. Demichielis, *La recente legge tedesca*, cit.;

18 V. E. Demichielis, cit.

19 V. E. Demichielis, cit.

certo non ancora giuridicamente capace di agire, lasciando nelle mani dei genitori (in particolare del padre) il consenso all'operazione in vece del bambino interessato.

Nel nostro ordinamento, la giurisprudenza si è espressa raramente sul punto, ciò nonostante si è aperto lo spazio per un contrasto: da un lato si evidenzia la severità della giurisprudenza di merito<sup>20</sup> la quale afferma che la permanente mutilazione conseguente ad un intervento di circoncisione rituale maschile costituisce alterazione anatomica e funzionale del pene, la quale è in grado di integrare una "malattia" ai sensi della disciplina relativa al delitto di lesioni personali<sup>21</sup>. Si tratta, infatti, di un'operazione chirurgica la quale, ancorché scarsamente invasiva, produce sempre una qualche forma di alterazione sia anatomica che funzionale dell'organismo. Tale intervento, quindi, trova quale unico e imprescindibile presupposto di liceità il consenso dell'avente diritto e pertanto non può mai essere eseguito contro il volere di colui che vi si sottoponga, anche se nel caso del minore, tale volontà è mediata, espressa da chi che esercita la responsabilità genitoriale. Sarebbe auspicabile che il minore venisse ascoltato, tuttavia ciò non sembrerebbe previsto. Ciò nonostante la giurisprudenza di merito italiana ha affermato che integra, pertanto, il delitto di lesioni volontarie la condotta del genitore non affidatario e quella del medico che, in concorso tra loro, sottopongono un bambino ad un intervento di circoncisione rituale, ben consapevoli del dissenso espressamente manifestato dal genitore esercente la potestà in via esclusiva<sup>22</sup>, mentre non viene riconosciuto infatti, alcuno spazio di ascolto nei confronti del minore.

Dall'altro lato la giurisprudenza di legittimità ha affrontato un caso<sup>23</sup> di circoncisione di un minore che ha provocato lesioni al bambino<sup>24</sup>. Il punto di partenza delle argomentazioni dei giudici di legittimità concerne il rapporto tra multiculturalismo e religione. La motivazione, infatti, parrebbe voler ricondurre in un unicum la coesistenza della pratica religiosa con il multiculturalismo<sup>25</sup>. Il proposito dei giudici di legittimità era di verificare entro quali limiti fosse possibile, allo stato della legislazione vigente, conciliare la volontà certi gruppi minoritari di rivendicare l'appartenenza alla propria identità, etnia e religione attraverso l'osservanza delle proprie tradizioni, dall'altro il rispetto delle regole vigenti in Italia.

Per contemperare il diritto alla manifestazione del credo religioso, anche come espressione di una tradizione culturale e identitaria, attuata secondo le regole mediche e, soprattutto ai sensi di legge, viene presa considerazione dalla giurisprudenza la circoncisione rituale ebraica. Infatti, essa è ritenuta aderente ai principi dell'ordinamento, nonostante abbia una valenza religiosa che prevale su quella medica. Infatti, quando è il "mohel" a portare a termine la circoncisione, questi non incorre nell'esercizio abusivo della professione medica e la sua condotta, che integrerebbe il reato di lesioni personali, viene scriminata nel caso in cui non determini una lesione permanente apprezzabile, né mostri segni di negligenza, imprudenza ovvero imperizia<sup>26</sup>, nell'effettuare l'operazione. È il combinato disposto degli artt. 19 e 30 della Costituzione a consentire siffatto bilanciamento a favore della libertà di educazione religiosa dei genitori del minore. Alla luce di ciò,

---

20 Trib. Como, 13 dicembre 2012, in *Corriere del Merito*, 2013, 6, 644.

21 Trib. Como, 13 dicembre 2012, cit.

22 Pertanto, integra il delitto di lesioni volontarie la condotta del genitore non affidatario e quella del medico che, in concorso tra loro, sottopongono un bimbo ad un intervento di circoncisione rituale, essendo ben consapevoli del dissenso espressamente manifestato dal genitore esercente la potestà in via esclusiva (Trib. Como, 13 dicembre 2012). In dottrina, F. V. *La circoncisione rituale maschile eseguita nonostante il dissenso di uno dei genitori integra il delitto di lesioni personali dolose*, *Diritto penale contemporaneo*, 2013, consultato su [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

23 V. Pusateri, *La circoncisione maschile cd. rituale non integra - se eseguita per motivi culturali che determinano l'ignoranza inevitabile della legge penale - il reato di esercizio abusivo della professione medica.*, 22 marzo 2012, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it)

24 F. Cravero, C. Rocci, *Bambino morto a Torino dopo la circoncisione, indagati entrambi i genitori*, *La Repubblica*, Ed. Torino, 31 maggio 2016; *Bambino lesionato dopo circoncisione casalinga: denunciati i genitori*, *Verona Sera*, 19 luglio 2017;

25 Cass. pen. Sez. VI, Sent., (ud. 22/06/2011) 24-11-2011, n. 43646

26 Cass. pen. Sez. VI, Sent., (ud. 22/06/2011) 24-11-2011, n. 43646, cit.

la circoncisione rituale maschile non può essere considerata una pratica contraria ai principi etici, alla morale sociale, nel caso in cui non pregiudichi la sfera dell'intimità e della decenza sessuale della persona<sup>27</sup>.

La comparazione con la circoncisione ebraica serve quale parametro in relazione all'altra modalità di circoncisione non terapeutica, cioè la circoncisione islamica: l'atto invasivo rimane identico, il soggetto minore sottoposto non ha comunque possibilità di esprimersi, ma mutano le condizioni di realizzazione del rito. È illuminante quanto scrive il giudice nella motivazione nel valutare diversamente sulla modalità di effettuazione concreta un atto dai presupposti religiosi identici: *“Non può essere ignorato, infatti, che in molti casi l'esecuzione dell'intervento cruento, a differenza di quanto accade nel mondo ebraico, è affidata a persona non qualificata, non dotata cioè di adeguata e riconosciuta competenza, che vi procede in modo empirico e senza alcuna concreta garanzia circa la sua corretta effettuazione, lo scrupoloso rispetto dell'igiene e dell'asepsi, la continuità dell'assistenza anche dopo l'intervento, con conseguente intuibile pericolo per la salute del bambino, alla quale invece il nostro ordinamento impone di dare maggior peso rispetto ai contingenti fattori culturali ed etnici che ispirano, in certi contesti sociali, la pratica di cui si discute”*<sup>28</sup>.

In realtà, leggendo attentamente, il giudice scinde da un lato l'aspetto culturale identitario dell'atto, da quello religioso, basandosi sul fatto che l'agente è di fede cattolica<sup>29</sup>; dall'altro lato sulla base della circostanza che la persona incaricata di effettuare una circoncisione a un bambino, non essendo medico, non è garantita dalla “riserva professionale” medica finalizzata a garantire la qualificazione e la specifica competenza di chi è richiesto di procedere all'intervento<sup>30</sup>.

### **3. Il controllo del piacere sessuale: le mutilazioni genitali femminili.**

Seppur scomparsa in Occidente a causa della contrarietà della religione cristiana alle circoncisioni, tale pratica ha origini molto antiche<sup>31</sup>. Essa è sopravvissuta in Medio Oriente e in Africa attraverso l'Islam<sup>32</sup>, e trova nuova linfa nel mondo occidentale grazie alle ondate migratorie<sup>33</sup>. Secondo l'Organizzazione mondiale della sanità, tale pratica consiste in un intervento chirurgico che senza necessità medica altera gli organi genitali femminili. Non solo non assicura benefici sanitari per ragazze e donne, ma può provocare emorragie, problemi urinari, cistiti, infezioni e infertilità, come complicazioni durante il parto, con conseguente rischi di mortalità tanto infantile quanto della partorientente.

Le mutilazioni genitali femminili sono punite dalla legge italiana come reato dall'art. 583-bis. (*Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*). Tali mutilazioni, classificate dall'Organizzazione mondiale della sanità in quattro gradi differenti di invasività, non hanno alcun scopo terapeutico, ma provocano serie conseguenze sulla salute e sul benessere di chi le subisce.

27 Cass. pen. Sez. VI, Sent., (ud. 22/06/2011) 24-11-2011, n. 43646, cit.

28 Cass. pen. Sez. VI, Sent., (ud. 22/06/2011) 24-11-2011, n. 43646, cit.

29 La madre decise di fare sottoporre il proprio figlio di appena un mese a circoncisione, adeguandosi ad una pratica in uso presso la comunità di appartenenza e notoriamente estranea al rito della religione cattolica; in sostanza, la scelta operata dalla predetta va letta come espressione della cultura dalla medesima interiorizzata nell'ambito della comunità di provenienza e nulla ha da condividere con la circoncisione rituale di matrice religiosa praticata dagli ebrei, sicchè non è invocabile, nella specie, l'esercizio del diritto di professare liberamente la propria fede religiosa. L'imputata affidò il compito di eseguire l'intervento circoncisorio ad una non meglio identificata donna nigeriana, certamente priva, per ammissione implicita della stessa imputata, di qualsiasi professionalità adeguata al caso, se vero che il bambino, subito dopo l'intervento, evidenziò "un'emorragia cospicua e irrefrenabile con necessità di ospedalizzazione e trattamento terapeutico complesso", per superare la fase di criticità che aveva addirittura posto in pericolo la sua vita (Cass. pen. Sez. VI, Sent., (ud. 22/06/2011) 24-11-2011, n. 43646, cit.

30 Cass. pen. Sez. VI, Sent., (ud. 22/06/2011) 24-11-2011, n. 43646, cit.

31 C. Vitalone, *Mutilazione genitale femminile e diritti umani*, in *Giur. merito*, (2001) IV, 854-870.

32 M. Munir, *Dissecting the claims of legitimization for the ritual of female circumcision or female genital mutilation (FGM)*, <http://ssrn.com/abstract=2284730>, (2013).

33 UNPFA, “Demographic Perspectives on Female Genital Mutilation”, United Nation Population Fund, (2015) 7, <http://www.unfpa.org/publications/demographic-perspectives-female-genital-mutilation>.

Tuttavia è molto difficile per le autorità preposte, anche in Occidente, contrastarne la diffusione poiché esse sono rimangono sommerse. Nel nostro Paese la lotta a siffatte pratiche è stata disciplinata con una apposita legge, la l. 9 gennaio 2006, n. 7, *Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile*. Questa normativa si articola su tre fronti: 1) informazione e sensibilizzazione rivolta agli immigrati, in particolare alle donne in gravidanza; 2) formazione rivolta agli insegnanti e alle strutture sanitarie; 3) repressione giudiziaria mediante l'introduzione di norme penali specifiche<sup>34</sup>.

In giurisprudenza si contano due isolate decisioni pubblicate sia in precedenza all'introduzione dell'art. 583 bis, sia successive<sup>35</sup>. Nel primo caso edito la condanna per lesioni personali ex art. 583 co.1, n.2 è stata comminata a carico di un immigrato egiziano che, durante le vacanze in Egitto, aveva fatto amputare il clitoride alla figlia<sup>36</sup>. Il secondo caso<sup>37</sup> concerne l'applicazione del nuovo 583 bis c.p., da parte delle corti di merito in relazione ad una medesima fattispecie. La sentenza di condanna di primo grado emanata dal Tribunale di Verona<sup>38</sup> concerneva l'operato di una ostetrica nigeriana (ma il cui titolo non è riconosciuto in Italia) sull'apparato genitale di due neonate: su una bambina l'operazione venne portata a termine, sulla seconda bambina venne ascritto all'"ostetrica" il solo tentativo, poiché l'intervento dei carabinieri impedì il compimento dell'operazione. Anche i genitori (nel caso di una, la madre, nel caso dell'altra il padre) sono stati condannati con la concessione della sospensione condizionale della pena e la non menzione della condanna. Per il loro interesse, le ragioni "culturali" a sostegno della sentenza di primo grado meritano attenzione, poiché gli imputati avrebbero agito nel rispetto delle loro radicate tradizioni etniche<sup>39</sup>. Tale elemento ha contribuito alla comminazione di una condanna mite, insieme alla concessione delle attenuanti generiche, l'incensuratezza e il buon comportamento processuale<sup>40</sup>. La Corte d'Appello ha valutato tali tradizioni culturali ed etniche non in sede di computo della pena, ma nella ricostruzione del fatto previsto dalla legge come reato, dove viene fatta emergere l'insussistenza del dolo specifico, poiché gli imputati non avevano agito con l'intenzione di "menomare le funzioni sessuali delle figlie"<sup>41</sup>. Infatti, le motivazioni degli imputati erano dirette alla realizzazione di una pratica

---

34 A. Gentilomo, A. Piga, A. Kustermann, *Mutilazioni genitali femminili: la riposta giudiziaria*, Riv. it. medicina legale 2008, 13; M. Lombardo, voce <<Infibulazione>>, Digesto delle discipline penalistiche, Torino, 2008.

35 F. Basile, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p.*, Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale, n.24/2013.

36 Trib. Milano, 25 novembre 1999, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2000, 148, secondo cui È corretta la qualificazione giuridica come lesioni volontarie gravi ex artt. 582, 583, 585, in relazione all'art. 577, n. 1 e 3, 61 n. 5 c.p. del fatto di un uomo che sottopone la propria figlia ad intervento di circoncisione, consistito nell'asportazione del clitoride e del 3° superiore prossimale delle piccole labbra, nonché nella saturazione del 3° superiore della vulva con riduzione dell'introito vulvare, da cui deriva una malattia della durata di 10 giorni e l'indebolimento permanente dell'apparato genitale. In dottrina, F. Basile, op. cit.

37 Trib. Verona, 14 aprile 2010, Corte App. Venezia, 23 dicembre 2012. S. Johnsdotter, R. M. Mestre i Mestre, *Female Genital Mutilation: An analysis of court cases*, European Commission - Directorate-General for Justice, Luxembourg, 2015, 20 ss.

38 Integra il reato di cui al 2° comma dell'art. 583-bis c.p. l'incisione della faccia antero superiore del clitoride, che non abbia determinato un indebolimento permanente della sensibilità clitoridea, essendo sufficiente che l'agente abbia, con coscienza e volontà, cagionato lesioni agli organi genitali femminili con l'intenzione di menomare le funzioni sessuali della parte offesa (Fattispecie relativa a intervento sugli organi genitali di due bambine nigeriane di pochi mesi, in cui è stata affermata la responsabilità dei genitori delle neonate e della donna che ha materialmente operato per il delitto di cui all'art. 583-bis c.p., 2° co., in forma consumata nei confronti di una minore e tentata nei confronti della seconda). Il dolo specifico del delitto non è escluso dal fatto che nelle comunità di origine degli autori del reato l'incisione dei genitali femminili assuma primariamente una valenza di iniziazione e di riconoscimento dell'identità del soggetto nel gruppo, poiché non può, comunque, disconoscersi in detta pratica, se non altro per quanto riguarda delle bambine, anche una funzione di controllo della loro sessualità (Trib. Verona, 14 aprile 2010, cit.).

39 F. Basile, op. cit., 4 ss.

40 F. Basile, op. cit., 5.

41 F. Basile, op. cit., 12.

simbolica diretta a soddisfare una funzione identitaria al fine di sancire il vincolo di appartenenza alla comunità di origine, nonché realizzativa di una funzione di purificazione attraverso la fuoriuscita di qualche goccia di sangue. Tale operazione non avrebbe leso in profondità l'apparato genitale<sup>42</sup>, pertanto gli imputati sono stati assolti dalla Corte d'Appello di Venezia poiché il fatto non costituisce reato.

Tale decisione evidenzia come sia complesso garantire la protezione dell'integrità fisica della bambina che viene sottoposta a tali pratiche, anche quando non siano irreparabilmente invasive. Ci si può chiedere se davvero il suo diritto all'integrità fisica debba soccombere a quello dell'appartenenza identitaria dei suoi genitori, poiché quest'ultima è una esigenza sentita principalmente da persone già inserite in un contesto relazionale e sociale, situazione ancora lontanamente in divenire nel caso dei neonati.

#### **4. Una questione di sangue: la proibizione delle trasfusioni per i Testimoni di Geova**

Il tema tra consenso al trattamento medico, autodeterminazione la libertà religiosa è sorto da tempo per quel che concerne il rifiuto dei Testimoni di Geova di accettare trasfusioni di sangue anche nei casi più drammatici quando, in mancanza della trasfusione, avrebbero potuto concludersi con la morte del paziente-fedeles. Attualmente, il Testimone di Geova ha il diritto di rifiutare le trasfusioni anche nel caso siano indispensabili per la vita. Il diritto di rifiutare le cure in generale trova infatti riconoscimento in fonti normative nazionali e sovranazionali, e non può essere limitato per motivi religiosi. Il rifiuto della trasfusione può costituire oggetto di una direttiva anticipata, nella quale il dichiarante può chiedere la nomina di un amministratore di sostegno che abbia potere di garantire il rispetto della volontà di rifiutare la trasfusione<sup>43</sup>.

Sotto il profilo dell'esperienza, ci si può confrontare sia con la giurisprudenza civile, sia quella penale. Sotto un profilo civilistico, l'adesione alla fede religiosa dei Testimoni di Geova da parte dei genitori convinse il giudice a sanzionarli con la sospensione della potestà parentale (oggi si parlerebbe di "responsabilità genitoriale"), proprio per il loro rifiuto alle emotrasfusioni per la propria figlia neonata, gravemente immatura ed in grave pericolo di vita<sup>44</sup>.

Sotto la prospettiva penalistica, In tempi risalenti, rispondevano ipoteticamente di omicidio con dolo eventuale, in concorso con i sanitari, i genitori Testimoni di Geova che, per non violare un divieto religioso del loro culto, avessero ommesso di far sottoporre la loro bambina, affetta da talassemia omozigote, a periodiche trasfusioni di sangue, non impedendone la morte, seguita per grave anemia. In tal caso, infatti, la giurisprudenza non ha considerato applicabile l'esimente all'esercizio di un diritto, ma la tutela penale del diritto alla vita della minore. Agli imputati venne applicata l'attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale, nonostante avessero accettato il rischio di non impedirne la morte, di fatto poi seguita per grave anemia<sup>45</sup>. Tuttavia, questa decisione venne cassata dalla Cassazione per vizio di motivazione in ordine alla ritenuta sussistenza del dolo omicidiario, posto che l'esistenza del dolo eventuale sotto forma di accettazione del rischio del verificarsi dell'evento letale avrebbe dovuto essere accertata tenendo conto della circostanza che il tribunale per i minorenni aveva emesso provvedimenti diretti a risolvere in via definitiva il problema relativo all'assistenza terapeutica della minore<sup>46</sup>.

In ambito penalistico, questo approccio è mutato lentamente. L'orientamento sanzionatorio, soprattutto verso il personale sanitario, si è ammorbidito dapprima imputando il "solo" omicidio colposo, e non più volontario. Per esempio, i sanitari di un ospedale pubblico in cui sia morto un testimone di Geova ivi ricoverato, a causa della mancata esecuzione delle necessarie trasfusioni di sangue rifiutate dal paziente<sup>47</sup>, videro mutare la loro imputazione nel corso del procedimento che li

42 F. Basile, op. cit., 12.

43 App. Cagliari, 21-01-2009; Trib. Roma, 30-12-2010

44 Trib. Minorenni Trento, 30-12-1996, in Riv. It. Medicina Legale, 1998, 835

45 13 dicembre 1982, in Giur. It., 1983, II, 364.

46 Cass. pen. Sez. I, 13-12-1983, n. 667, in Foro It., 1984, II, 361.

47 Pret. Roma, 3 aprile 1997, in Dir. Eccl., 1997, II, 323.

vedeva imputati. Se secondo la procura della Repubblica i sanitari avrebbero dovuto imporsi sul paziente, il giudice stabilì che i suddetti sanitari andassero assolti anche dall'imputazione del delitto di omicidio colposo, non sussistendo il fatto, poiché pur avendo in cura un testimone di Geova gravemente anemizzato a causa di un incidente stradale, non praticarono al paziente le trasfusioni di sangue necessarie per conservarlo in vita, al fine di rispettare la volontà del ricoverato contraria, per motivi di fede religiosa, a tale terapia. Secondo il giudicante, si è trattato di una volontà non superabile, in quanto le trasfusioni di sangue non sono ricomprese fra i trattamenti sanitari obbligatori previsti dalla legge a norma dell'art. 32 comma 2 cost<sup>48</sup>.

Al contrario, certa giurisprudenza di merito sostenne che andasse esente da responsabilità il medico che, nonostante il cosciente rifiuto espresso dal paziente Testimone di Geova prima dell'intervento, avesse proceduto a trasfusione di sangue, se questa fosse resa necessaria da uno stato di necessità sopravvenuto nel corso dell'operazione<sup>49</sup>.

Più recentemente la prospettiva si è capovolta, in quanto i medici non vengono più sanzionati penalmente per non aver trasfuso i pazienti fedeli al culto dei Testimoni di Geova, anche se ciò avrebbe potuto provocare il loro decesso, mentre sarebbero stati imputabili nel caso in cui avessero effettuato le trasfusioni contro la volontà del paziente nel solo caso in cui siano stati effettivamente consapevoli di siffatta volontà. Questa posizione giuridica ha trovato conforto nella giurisprudenza di merito secondo cui i medici che abbiano sedato, verosimilmente con l'inganno, ed emotrasfuso un paziente testimone di Geova che aveva ripetutamente rifiutato di sottoporsi a detto trattamento non realizzano il fatto tipico del delitto di "violenza privata". Anzi, nemmeno può essere loro rimproverata la realizzazione di un fatto di "stato di incapacità procurato mediante violenza", poiché costoro hanno agito sulla base di un errore inevitabile sulla legge penale, determinato dall'aver previamente ricevuto dalla locale Procura della Repubblica l'erronea rassicurazione che l'esecuzione del trattamento fosse legittima, se non addirittura doverosa, stante il pericolo di vita in cui versava il paziente (deve pertanto essere accolta la richiesta di archiviazione formulata dal P.M.)<sup>50</sup>.

Per quanto concerne la modalità di espressione del rifiuto trasfusionale, la giurisprudenza di legittimità ha delineato con precisione come tale rifiuto possa essere espresso in modalità formalmente appropriate. Partendo dal presupposto che il paziente capace di intendere e volere ha sempre diritto di rifiutare le cure mediche che gli vengono somministrate, anche quando tale rifiuto possa causarne la morte. In ogni caso, il dissenso alle cure mediche, per essere valido ed esonerare così il medico dal potere-dovere di intervenire, deve essere espresso, inequivoco ed attuale: non è sufficiente, dunque, una generica manifestazione di dissenso formulata "ex ante" ed in un momento in cui il paziente non era in pericolo di vita, ma è necessario che il dissenso sia 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<sup>51</sup>.

L'entrata in vigore della legge n. 6/2004 relativa all'amministrazione di sostegno, ha consentito di approcciare la questione in modo innovativo, in quanto, questo istituto è stato utilizzato nei casi in cui pazienti fedeli al credo dei Testimoni di Geova intendessero manifestare il rifiuto alle trasfusioni di sangue durante gli interventi chirurgici, anche a rischio della vita<sup>52</sup>. In siffatte situazioni la

---

48 Pret. Roma, 3 aprile 1997, cit.

49 App. Trento, 19 dicembre 2003, in Nuova Giur. Civ., 2005, 1, 145.

50 Uff. indagini preliminari Torino Ordinanza, 15-01-2013, in Corriere del Merito, 2013, 8-9, 860.

51 Cass. civ. Sez. III Sent., 15-09-2008, n. 23676 (rv. 604907), in Giur. It., 2009, 5, 1124. (Nella specie la S.C., sulla scorta dell'enunciato principio, ha ritenuto che non ricorressero le condizioni per un valido dissenso in un caso in cui era risultato da un cartellino, rinvenuto addosso al paziente, testimone di Geova, al momento del ricovero, in condizioni di incoscienza, che recava l'indicazione "niente sangue", appunto perché la manifestazione di volontà non risultava essere stata raccolta, in modo inequivoco, dopo aver avuto conoscenza della gravità delle condizioni di salute al momento del ricovero e delle conseguenze prospettabili in caso di omesso trattamento).

52 Trib. Roma, 20 dicembre 2005; Trib. Modena, 16 settembre 2008, in Dir. Famiglia 2009, 1, 261. In senso difforme, Trib. Genova, 6 marzo 2009, in Banca dati De Jure, secondo il quale In materia di diritto alla salute è certamente possibile incaricare l'amministratore di sostegno della rappresentanza dell'amministrato nell'esprimere il "consenso informato", inteso come consenso espresso rispetto a scelte terapeutiche previa assunzione delle adeguate

giurisprudenza ha sottolineato la necessità del “rispetto dell’obbligo dei sanitari di svolgere la propria professione secondo il codice deontologico e secondo le regole dell’arte, è principio comunemente affermato che quando, il paziente non sia in grado di manifestare il proprio consenso al trattamento sanitario, quest’ultimo è giustificato nei limiti consentiti dallo stato di necessità ed il consenso si presume”<sup>53</sup>. Tuttavia è altrettanto necessario bilanciare detta situazione con il diritto all’integrità fisica e alla libertà religiosa<sup>54</sup>, supplendo alla mancanza di specifiche indicazioni scritte con l’espletamento di una dettagliata istruttoria consistita nell’assunzione di sommarie informazioni e testimonianze concordi nell’evidenziare che il paziente aveva espresso l’univoca volontà “di non soggiacere ad emotrasfusioni anche in caso di pericolo di vita e pur in assenza di cure alternative, data la sua qualità di ministro di culto della Congregazione dei Testimoni di Geova”<sup>55</sup>.

## 5. La presunta imposizione di valori etici: l’obbligatorietà dei vaccini.

Uno degli ambiti dove il rapporto tra conoscenza settoriale, nello specifico medica, e opinione pubblica, divisa dalle convinzioni individuali dei consociati, si è maggiormente incrinato concerne il dibattito in corso sulla somministrazione dei vaccini. In particolare, ci si riferisce all’iscrizione scolastica esclusivamente previo espletamento delle vaccinazioni obbligatorie, introdotte con il decreto legge 7 giugno 2017, n. 73, convertito in legge 31 luglio 2017, n. 119<sup>56</sup>.

Siffatto dibattito presenta alcune questioni che riguardano l’idea stessa di libertà. Innanzitutto, su una scelta strettamente individuale, cioè quanta della propria libertà personale si è disponibili a rinunciare a favore della collettività. Alla luce di ciò si pongono due sotto-questioni: da un lato a cosa si è disposti a mettere in gioco della propria autodeterminazione individuale rispetto al benessere collettivo; dall’altro a quanto credito viene attribuito alla condivisione, attraverso fonti irrivali come i social network, di informazioni non verificate (c.d. “fake news”). È legittimo dare affidamento a informazioni scientificamente false in nome della libertà di manifestazione del pensiero ovvero di ricerca scientifica<sup>57</sup>?

La risposta che sembrerebbe essere spontanea e ovvia dovrebbe essere “no”, ma in realtà le cose si presentano in modo più complesso. Ad esempio, la più diffusa fake news in materia di vaccini riguarda la falsa, ma molto condivisa, convinzione che esista una correlazione somministrazione di

---

informazioni sui relativi costi e benefici; non è, invece, possibile incaricare l’amministratore di esprimere, comunque e in ogni caso, un “dissenso” al trattamento terapeutico sulla base di una precedente scelta del tutto personale del titolare del diritto di anteporre il proprio convincimento religioso al bene della vita.

53 Trib. Roma, 20 dicembre 2005, cit.

54 Sul punto, il giudice romano si esprime nei seguenti termini: “nel caso concreto, tuttavia, ed alla luce della moderna concezione secondo la quale la legittimità del trattamento medico dipende dal consenso informato del paziente piuttosto che dall’autolegittimante fine di tutelare il bene della salute, l’applicazione del principio del consenso presunto costituirebbe palese violazione del valore della persona, implicitamente consacrato nella disposizione di cui all’art. 32, comma 2, della Carta Costituzionale, e dell’espressione dell’identità religiosa del sig. X.F., essendo a confronto diritti inviolabili della persona costituzionalmente riconosciuti e garantiti quali il diritto all’integrità fisica e la libertà religiosa, il cui ordine di priorità non può essere determinato o, peggio, alterato, dall’attuale impossibilità dell’interessato di esprimere la propria volontà; non è in grado di farlo autonomamente, può pertanto essere attribuito ad un amministratore di sostegno provvisorio, (...) l’incarico di manifestare ai sanitari la volontà a suo tempo espressa” (Trib. Roma, 20 dicembre 2005, cit.).

55 R. Masoni, *Vivere è un diritto, non un obbligo: amministrazione di sostegno e consenso ai trattamenti sanitari e di fine vita*, in *Dir. Famiglia*, 2008, 2, 676.

56 Si veda, supra. C. Magnani, *I vaccini e la Corte costituzionale: la salute tra interesse della collettività e scienza nelle sentenze 268 del 2017 e 5 del 2018*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 12 aprile 2018; G. Manfredi, *Vaccinazioni obbligatorie e precauzione*, *Giur. it.*, 2017, 1418; L. Fadiga, *Vaccinazioni obbligatorie e profili di costituzionalità della relativa disciplina*, *Corr. Giur.*, 2017, 4, 441; M. De Pamphilis, *La tutela della salute del minore e intervento pubblico*, *Famiglia e Diritto*, 2017, 12, 1105

57 N. Arif, M. Al-Jefri, I. H. Bizzi, G. B. Perano, M. Goldman, I. Haq, K. Leng Chua, M. Mengozzi, M. Neunez, H. Smith, P. Ghezzi, *Fake news or weak science? Visibility and characterization of anti-vaccine webpages returned by Google in different languages and countries*, 2018, <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fimmu.2018.01215/abstract>

vaccini e l'insorgenza di patologie dello spettro autistico<sup>58</sup>. Si tratta di una convinzione dilagata a partire dal 1998, quando venne pubblicato dalla prestigiosa rivista scientifica Lancet uno studio a firma di A. J. Wakefield, primo autore insieme ad altri undici studiosi dell'articolo "*Ileal-lymphoid-nodular hyperplasia, non-specific colitis, and pervasive developmental disorder in children*" dove si sosteneva il nesso di causalità tra la somministrazione del vaccino MPR e l'autismo. Successivamente lo studio venne sottoposto a un severo processo di revisione che provocò la radiazione dall'albo dei medici inglesi degli autori e il ritiro dell'articolo da parte della rivista sulla quale era stato pubblicato<sup>59</sup>. Le accuse nei confronti degli autori di tale pubblicazione erano gravissime e riguardavano la manipolazione di dati sperimentali effettuata a scopo di lucro<sup>60</sup>.

Se da un punto di vista giuridico è ovviamente rilevante il bilanciamento effettuato dall'art. 32 della Costituzione, spesso citato in causa dalle parti coinvolte nel dibattito sul tema, dove si afferma la salute come diritto fondamentale e interesse della società, temperando quindi il diritto all'autodeterminazione con la tutela della salute pubblica.

Tuttavia, l'aspetto innovativo di questa situazione concerne una combinazione deflagrante di elementi presenti nel dibattito scientifico in generale e nella somministrazione vaccinale obbligatoria in particolare. Da un lato, si manifesta lo svilupparsi del dibattito su piattaforme informative non scientificamente validate, lasciando spazio a possibili trattamenti "alternativi"; dall'altro lato su una interpretazione nichilista del concetto di autodeterminazione.

Sotto il primo profilo, ci si riferisce all'emersione di una c.d. "medicina su misura", dovuta alla maggiore attenzione e accessibilità da parte dei pazienti e dei loro familiari alle informazioni scientifiche attraverso l'accesso a fonti disponibili online su motori di ricerca specializzati in letteratura scientifica come Google Scholar o PubMed, in assenza di competenze per un'appropriata analisi scientifica di siffatti materiali. Questo fatto nuovo si fonda su una applicazione assolutistica e simil-anarchica del principio di autodeterminazione, che quasi si impone sul sanitario curante. Sul punto vi è chi addirittura parla di una "medicina pretensiva". Accanto a questa realtà, si manifesta altresì la possibilità per i pazienti e dei loro familiari di unire le proprie (presunte) competenze, assicurata dai social network.

A questo proposito emerge il secondo profilo, quello anarcoide: l'estesa diffusione della Rete e l'ampissimo numero di utenti dei social network ha provocato l'esplosione di tali effetti distorsivi, specie per quel che concerne l'autoreferenzialità, l'assenza di controllo e disamina critica. A seguito di ciò, si verifica il fenomeno della chiusura degli individui in gruppi in opinioni polarizzate e concentrate su specifiche narrazioni, le quali ignorano altre possibili voci dissonanti. La combinazione di questi fenomeni provoca principalmente due effetti: da un lato le opinioni simili, seppur false, circolano più velocemente, addirittura in poche ore; dall'altro diventa pressoché inutile ed impossibile contrastarle. Ciò è dovuto alla polarizzazione dei gruppi, che trovano conferma non nel confronto, ma esclusivamente in loro stessi, "poiché quando le persone scoprono che altri concordano con loro, esse diventano maggiormente confidenti e quindi più estreme", producendo un circolo vizioso apparentemente senza fine.

---

58 Tribunale di Rimini, sentenza, 15 marzo 2012; Corte costituzionale, sentenza, 26 aprile 2012 n. 107; [2012] EWHC 503 (Admin), Walker-Smith v General Medical Council, 7 marzo 2012.

59 Tale ripudio scientifico è tuttora visibile su questo sito web: <http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736%2897%2911096-0/abstract>, riportato anche su Pubmed: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/20137807>.

60 Più recentemente un'altra prestigiosa rivista, il British Medical Journal, ha pubblicato una analisi su tale ricerca ipotizzando come essa fosse falsata tanto sotto un profilo della limitatezza del campione (solo 12 bambini) quanto sotto il profilo della non trasparente raccolta dei finanziamenti (F. Godlee, J. Smith, H. Marcovitch, *Wakefield's article linking MMR vaccine and autism was fraudulent*. BMJ. 2011;342:c7452. doi:10.1136/bmj.c7452, consultabile al link:<http://www.bmj.com/content/342/bmj.c7452.full>; Deer B. *How the case against the MMR vaccine was fixed*. BMJ. 2011;342:c5347. Doi:10.11396/bmj.c5347. PMID 21209059 consultabile al link: <http://www.bmj.com/content/342/bmj.c5347.full>). La notizia ha avuto così ampia diffusione da essere citata anche su fonti di natura non scientifica ma di immediato accesso divulgativo, come le versioni italiana e inglese di Wikipedia.

Ci si potrebbe domandare se la diffusione di siffatto prodotto sia stato in qualche modo agevolato dagli interventi giudiziari, seppure vada preliminarmente osservato che possono esistere diverse ragioni per cui la somministrazione di un vaccino possa scaturire un risarcimento del danno, anche se ciò abbia una correlazione con l'autismo<sup>61</sup>, invece oggetto dell'analisi di questo paragrafo.

La complessità del tema non agevola l'immediatezza e la semplificazione a favore della divulgazione via socialnetwork. Per esempio, una sentenza, ormai risalente, della Corte costituzionale<sup>62</sup> ha riconosciuto l'incostituzionalità dell'art. 1, comma 1, della legge 25 febbraio 1992, n. 210<sup>63</sup>. I giudici costituzionali non si sono pronunciati sulla possibile sussistenza del nesso di causalità tra la somministrazione del vaccino e l'insorgere di patologie, piuttosto hanno fondato il loro ragionamento giuridico sull'esistenza del dovere di solidarietà sociale nei confronti di chi si sottopone a una certa profilassi per motivi prevenzione sanitaria e tutela di salute pubblica. In ogni caso, siffatta argomentazione è utilizzata per rifiutare la somministrazione vaccinale.

Il tema, già caldo, diventa bollente quando il Ministero della Salute, nel 2017, ha considerato i dati statistici relativi alla copertura vaccinale in Italia al di sotto dei parametri ottimali previsti dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, e, insieme al contestuale aumento dei casi di morbillo, ha convinto il governo a emanare un decreto legge<sup>64</sup> in materia di vaccinazioni obbligatorie per i minori e di accesso alle scuole<sup>65</sup>. Tale "combinazione" dell'obbligo vaccinale necessario ai fini di adempiere all'obbligo scolastico, ha prodotto una sorta di "ribellione" dei c.d. gruppi "NO VAX"<sup>66</sup> che l'hanno considerata come un'indebita interferenza paternalistica, una specie di imposizione etica, nello svolgimento del loro diritto di educazione dei figli e libertà di autodeterminazione di genitori. In modo differente, ma con lo stesso background filosofico e culturale, si ripropone il tema dell'interferenza dello Stato nella protezione della salute dei bambini già visto nei notissimi casi "eticamente sensibili" Gard e Evans svoltisi in Inghilterra<sup>67</sup>, ma conosciuti in tutto il mondo grazie a

---

61 C. Gallese, D. Besozzi, *Le sentenze antiscientifiche: un mito creato dai media*, in C. A. D'Alessandro, C. Marchese, *Ius Dicere in a Globalized World. A Comparative Overview*, RomaTre Press, 2018, I,

62 Corte cost. 26 aprile 2012, n. 107, Foro It., 2013, 4, 1, 1123

63 [rubricata "(I)ndennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati"], nella parte in cui non prevede il diritto ad un indennizzo, alle condizioni e nei modi stabiliti dalla medesima legge, nei confronti di coloro i quali abbiano subito le conseguenze previste dallo stesso articolo 1, comma 1, a seguito di vaccinazione contro il morbillo, la parotite e la rosolia.

64 D.L. 7 giugno 2017, n. 73, rubricato "Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale, di malattie infettive e di controversie relative alla somministrazione di farmaci". Il provvedimento originario rendeva obbligatorie e gratuite per i minori di età fra zero e sedici anni dodici vaccinazioni: cioè difterite, tetano, poliomielite, epatite B; pertosse, Haemophilus influenzae b; meningococciga B, meningococciga C, morbillo, rosolia, parotite, varicella. In caso di inosservanza dell'obbligo vaccinale nonostante contestazione dell'autorità sanitaria, era comminata ai genitori o tutori la sanzione amministrativa da 500 a 7.500 Euro, ed era fatta una segnalazione alla Procura della repubblica presso il Tribunale per i minorenni ai fini di eventuali interventi limitativi della responsabilità genitoriale. Ulteriormente, l'accesso ai servizi educativi per l'infanzia e alle scuole dell'infanzia non era consentito ai bambini non vaccinati. Per gli altri gradi di istruzione, l'autorità scolastica era tenuta a segnalare all'ASL l'omessa vaccinazione. A seguito della conversione del DL con la legge 31 luglio 2017, n. 119, sono state introdotte importanti modifiche: le vaccinazioni obbligatorie sono state ridotte da dodici a dieci; l'obbligo vaccinale è stato esteso a tutti i minori stranieri non accompagnati. Ulteriormente, la legge di conversione ha istituito un sistema di monitoraggio permettendo al ministro della salute di sospendere l'obbligatorietà di alcune vaccinazioni; ha soppresso l'obbligo di segnalare i genitori obiettori alla Procura per i minorenni; ha fortemente ridotto la sanzione amministrativa; ha incluso gli affidatari tra gli obbligati all'osservanza dell'obbligo vaccinale; ha ampliato e meglio delineato gli interventi diretti a diffondere "la cultura delle vaccinazioni" e a promuovere l'adesione volontaria e consapevole alle vaccinazioni previste dal PNPV. (L. Fadiga, *Vaccinazioni obbligatorie e profili di costituzionalità della relativa disciplina*, in *Corriere Giur.*, 2018, 4, 441).

65 C. Magnani, *I vaccini e la Corte costituzionale: la salute tra interesse della collettività e scienza nelle sentenze 268 del 2017 e 5 del 2018*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 12 aprile 2018.

66 L. Fadiga, op. cit.; L. Petrarca, F. Midulla, P. J. M. Openshaw, *Vaccination policies in Europe: Common goals, diverse approaches and public doubts*, *European Journal of Immunology*, 2018, I, 10-12;

67 Vedi *Infra* § 6.

Internet e ai social network. La domanda di fondo può essere formulata come segue: è accettabile che sia un ente pubblico, la legge ovvero lo Stato a decidere cosa sia meglio per i minori?

La Corte costituzionale dà una risposta chiara e positiva con la decisione<sup>18</sup> gennaio 2018 n. 5, dove ha disatteso le censure di illegittimità costituzionale rivolte contro le citate norme che hanno introdotto, con le forme del decreto legge, dieci vaccinazioni obbligatorie, dichiarando: a) che, a fronte di una copertura vaccinale insoddisfacente nel presente e incline alla criticità nel futuro, rientra nella discrezionalità - e nella responsabilità politica - degli organi di governo apprezzare la sopraggiunta urgenza di intervenire, anche in nome del principio di precauzione; b) che è riservato allo Stato il compito di qualificare come obbligatorio un determinato trattamento sanitario, sulla base dei dati e delle conoscenze medico-scientifiche disponibili, richiedendo necessariamente la profilassi per la prevenzione della diffusione delle malattie infettive l'adozione di misure omogenee su tutto il territorio nazionale, estese anche ai minori stranieri a tutela della profilassi internazionale, mentre le disposizioni in materia di iscrizione e adempimenti scolastici si configurano come norme generali sull'istruzione, anch'esse ricadenti nella competenza dello Stato; c) che rientra nella discrezionalità del legislatore la scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive, potendo egli selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell'obbligo, nella fattispecie non irragionevole; D) che la clausola di invarianza non è implausibile, non essendovi ragione per dubitare che le risorse stanziare via via, nel tempo, coprissero l'offerta di questi trattamenti preventivi per tutta la popolazione ed essendo oggettivamente difficile quantificare i maggiori oneri conseguenti all'applicazione delle nuove norme.

Tale decisione si inserisce nella giurisprudenza costituzionale precedente nella prospettiva incentrata sulla salute quale interesse (anche) obiettivo della collettività non vi è differenza qualitativa tra obbligo e raccomandazione: l'obbligatorietà del trattamento vaccinale è semplicemente uno degli strumenti a disposizione delle autorità sanitarie pubbliche per il perseguimento della tutela della salute collettiva, al pari della raccomandazione. I diversi attori (autorità pubbliche e individui) finiscono per realizzare l'obiettivo della più ampia immunizzazione dal rischio di contrarre la malattia indipendentemente dall'esistenza di una loro specifica volontà di collaborare: «e resta del tutto irrilevante, o indifferente, che l'effetto cooperativo sia riconducibile, dal lato attivo, a un obbligo o, piuttosto, a una persuasione o anche, dal lato passivo, all'intento di evitare una sanzione o, piuttosto, di aderire a un invito» (sentenza n. 107 del 2012). Per quanto concerne più direttamente le vaccinazioni raccomandate, in presenza di diffuse e reiterate campagne di comunicazione a favore dei trattamenti vaccinali, è naturale che si sviluppi un affidamento nei confronti di quanto consigliato dalle autorità sanitarie: e ciò rende la scelta individuale di aderire alla raccomandazione di per sé obiettivamente votata alla salvaguardia anche dell'interesse collettivo, al di là delle particolari motivazioni che muovono i singoli.

Tuttavia, chi si oppone a tale impostazione afferma che il raggiungimento della c.d. "immunità di gregge", che garantirebbe una "ristrettissima minoranza", cioè le persone immunodepresse dal diffondersi di patologie per loro potenzialmente fatali, non giustificherebbe la compressione dei diritti fondamentali del singolo alla luce dell'art. 32 Cost., co.2, "la quale sarebbe giustificabile solo rispetto alla collettività generale"<sup>68</sup>.

Quali conclusioni è possibile trarre di fronte a questa complessa situazione apparentemente senza via d'uscita? Probabilmente è necessario ricostruire un rapporto di fiducia tra scienza, medicina e i consociati, specie nei confronti di quelli più dubbiosi, che necessitano di risposte concrete, in particolare quando devono prendersi cura di un figlio sofferente di una patologia gravemente invalidante. Il primo passo di tale confronto dovrebbe essere pre-giuridico, ma medico e divulgativo, espresso in modalità semplici e accessibili, ma non paternalistiche.

---

68 M. Montanari, L. Ventaloro, *La nuova legge sui vaccini tra prevenzione, obblighi e criticità*, in *Famiglia e Diritto*, 2018, 2, pp. 177 e ss.

Questo passaggio presenta una stretta connessione relativamente al rapporto tra paziente e medico nell'ambito dell'espressione del consenso informato, specialmente per quel che concerne l'espressione del consenso alla sospensione di trattamenti vitali, argomento del paragrafo successivo.

## **6. Oltre confine: il dibattito comparatistico delle scelte di fine vita delle persone incapaci**

Il tema della sacralità dei confini estremi della vita è stato oggetto già da diversi anni di controverse decisioni della giurisprudenza comparata e internazionale<sup>69</sup>.

Le controversie giurisprudenziali intercorse di fronte alla Corte europea dei diritti umani dimostrano che nonostante la presenza di una normativa assai specifica, il contenzioso in materia di sospensione dei trattamenti vitali non cessa, poiché concerne la convinzione individuale sulla disponibilità della vita della persona incapace da parte dei familiari ad essa collegati. A questo proposito, i casi francesi e inglesi in materia di distacco dei sostegni vitali forniscono significativi esempi su come, nonostante la vigenza di una specifica disciplina sul tema della regolamentazione del consenso informato e sulla sospensione dei trattamenti vitali, il contenzioso giudiziario tenda a procrastinarsi in una serie infinita di ulteriori azioni legali come impugnazioni e annullamenti giudiziari, in considerazione della difficoltà di giungere a un bilanciamento appropriato tra interessi del paziente incapace e la volontà dei suoi familiari. Sul punto si misurano gli intendimenti su un valore insopprimibile, come la dignità, in sé non suscettibile di bilanciamento, ma di difficile interpretazione data la vaghezza del concetto<sup>70</sup>. Da un lato vi è chi considera la protezione della dignità necessaria fino alla tutela della sacralità intangibile della vita, in quanto espressione della creazione divina<sup>71</sup>; dall'altro lato si propone chi afferma che la dignità consiste nel rispetto dei

---

69La Corte europea dei diritti umani si è pronunciata in materia di autodeterminazione nel fine vita in diversi casi, tra di essi hanno conosciuto particolare clamore: *Pretty contro Gran Bretagna* del 29 luglio 2002, dove la Corte di Strasburgo ha affermato che solo attraverso una distorsione linguistica si può attribuire un significato diametralmente opposto all'art. 2 CEDU, il quale protegge il diritto alla vita, ovvero un diritto a morire o un diritto di autodeterminazione nel senso di conferire all'individuo la possibilità di scegliere la morte piuttosto che la vita, né con le proprie mani, né attraverso mani altrui ovvero l'assistenza della pubblica autorità. *Haas contro Svizzera*, del 20 gennaio 2011, dove si afferma che non viola il diritto al rispetto alla propria vita privata la legislazione svizzera in materia di suicidio assistito, in forza della quale l'assunzione di sostanze letali è consentito solo previa prescrizione medica, rilasciata in esito ad un procedimento volto ad assicurare il consenso informato del richiedente. *Koch contro Germania*, del 19 luglio 2012, secondo cui viola il diritto al rispetto della vita privata del coniuge di un malato che intenda suicidarsi le dichiarazioni di irricevibilità dei ricorsi avverso il diniego di autorizzazione all'acquisto di farmaci letali, motivati solo sulla base della carenza di interesse a ricorrere derivante dalla intervenuta morte del malato. A seguito di questa vicenda, in Germania, fino al 2015 la legge taceva sulla disciplina del fine vita. Infatti, il suicidio assistito è stato recentemente disciplinato con una nuova fattispecie, introdotta nel §217 del codice penale tedesco (*Strafgesetzbuch*). Tale norma punisce con pena pecuniaria ovvero la reclusione fino a tre anni chi assiste in modo organizzato o permanente, anche con offerte sul mercato a scopo di lucro o su base associativa, l'assistenza al suicidio, mentre al singolo medico viene lasciata libertà di coscienza da valutarsi caso per caso. I contrari a questa disposizione hanno presentato ricorso costituzionale al *Bundesverfassungsgericht*, il quale, con decisione dell'8 gennaio 2016, ha rigettato l'istanza cautelare sospensiva della vigenza del riformato §217. Questa pronuncia sommaria non consiste in una valutazione nel merito della costituzionalità della norma contestata, che avverrà in futuro, ma riguarda esclusivamente un bilanciamento sommaro tra gli interessi che il parlamento ha inteso proteggere con gli eventuali pregiudizi sofferti dai ricorrenti, tra questi la nota associazione *Vereins Sterbehilfe Deutschland e.V.* *Gross contro Svizzera*, del 30 settembre 2014. In questo caso, la Grande Camera ha dichiarato inammissibile il ricorso avente a oggetto il diritto al rispetto della vita privata presentato da un'anziana svizzera desiderosa di morire, poiché quest'ultima aveva volutamente omesso di informare la Corte del fatto che era riuscita a ottenere la prescrizione della sostanza letale, condotta fuorviante che integra un abuso del diritto al ricorso individuale.

70 R. Conti, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?*, intervento svolto il 22 marzo 2018 all' incontro di studio organizzato dalla Scuola di Magistratura presso la sede dell'Accademia dei Lincei su "La bioetica ed il complicato mestiere del giudice: un viaggio in punta di piedi in un mondo ancora da esplorare", consultato su Consulta online, 4 aprile 2018, p. 237-238.

71 Giovanni Paolo II, *Lettera Enciclica Evangelium Vitae*, 1995, [http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_25031995\\_evangelium-vitae.html](http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html); M. F. Maternini, L. Scopel, *La bioetica e le questioni religiose*, Edizioni Universitarie Trieste, Trieste, 2013, p. 51 e ss.

desideri e delle libertà del singolo<sup>72</sup>. Sul punto, vi è stata una evoluzione legislativa e giurisprudenziale progressiva nella valutazione della volontà del paziente debole perché incapace (sia egli disabile ovvero minore), data la sua inidoneità ad autodeterminarsi, se non attraverso l'intervento di figure terze, come il tutore o i genitori. I recenti interventi giurisprudenziali e legislativi si sono orientati verso l'affrancamento dei pazienti deboli dalla soggezione ad un'altra persona (sia questa il tutore ovvero il genitore) al fine di vedergli riconosciuta "una piena dignità di persona"<sup>73</sup>.

Ora, si potrebbe aprire una riflessione, infinita e inesauribile, su cosa debba intendersi per dignità. Cercando di non cadere nell'ovvio, è possibile affermare che la dignità umana consiste in un concetto indeterminato, il cui significato non può essere identificato in via assoluta ex ante, ma solo dopo la sua contestualizzazione in un certo periodo storico, entro un determinato territorio e riferito a precisi soggetti concreti, a partire dall'esperienza del passato relativa al bilanciamento del principio personalistico, rappresentato dalla tutela del principio di autodeterminazione, con il principio solidaristico. Tra le esperienze riuscite di come sia avvenuto tale bilanciamento si segnalano nella tutela della salute a partire dalla disciplina del trapianto di rene tra persone viventi<sup>74</sup>, poi successivamente la normativa di sulla trasfusione del sangue umano<sup>75</sup>, trapianti di organi e tessuti<sup>76</sup>, di donazione di midollo osseo<sup>77</sup>, di sperimentazioni cliniche su esseri umani<sup>78</sup>, di interruzione volontaria di gravidanza<sup>79</sup>, di fecondazione artificiale<sup>80</sup>, di rettificazione dei caratteri sessuali,<sup>81</sup> di cure palliative<sup>82</sup> e compassionevoli<sup>83</sup>. Si tratta di fattispecie che presentano eccezioni alla norma imperativa sull'indisponibilità del proprio corpo contenuta nell'art. 5 c.c. che integra l'idea dell'ordine pubblico dei tempi di promulgazione del codice civile, con l'erosione delle normative specifiche a favore dell'autodeterminazione<sup>84</sup>.

La tutela della dignità umana non può prescindere dal sostegno offerto alla persona morente e ai suoi familiari, per questo la religione, ovvero la manifestazione della spiritualità, concerne un elemento da tenere in appropriata considerazione. Infatti, *"rappresentando il morire l'ultima fase della vita di un essere umano e costituendo pertanto un percorso difficile da attraversare, diventa fondamentale anche l'aiuto che viene offerto dagli assistenti spirituali, al fine di vivere e vedere la fine della propria esistenza come evento significativo, ricco di esperienza e pacifico"*<sup>85</sup>.

Alcuni casi dibattuti di fronte alla Corte europea dei diritti umani hanno affrontato il problema di come tutelare dignità del paziente, l'autodeterminazione, la sensibilità religiosa (sia del paziente, sia dei suoi congiunti) da un lato e impedire che l'accanimento terapeutico, cioè la somministrazione di terapie che non portino miglioramento alla salute ovvero alla qualità della vita del paziente, procrastino la sua sofferenza, in modo ostinatamente irragionevole<sup>86</sup>.

I casi più noti<sup>87</sup> riguardano o l'avvenuta contrapposizione tra i familiari (o alcuni di essi, come nel caso Lambert) e i medici. Quello che è stato il caso di riferimento degli ultimi anni, specie per le decisioni successive è il caso Lambert: un paziente dichiarato in stato vegetativo permanente a

72 S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 277.

73 R. Conti, op. cit.

74 Legge 6 giugno 1967, n. 458.

75 legge 21 ottobre 2005, n. 219; D. Lgs, 20 dicembre 2007, n. 261; Id., 9 novembre 2007, n. 207; Id., 9 novembre 2007, n. 208; Id., 19 marzo 2018, n. 19.

76 Legge 1 aprile 1999, n. 91.

77 Legge 6 marzo 2001, n. 52.

78 D. Lgs. 24 giugno 2003, n. 211.

79 Legge 22 maggio 1978, n. 194.

80 Legge 19 febbraio 2004, n. 40.

81 Legge 14 aprile 1982, n. 164.

82 Legge 15 marzo 2010, n. 38.

83 Legge 23 dicembre 1996, n. 648; id. 8 aprile 1998, n. 94.

84 R. Conti, op. cit.,

85 M. F. Maternini, L. Scopel, *La bioetica*, cit, p. 19.

86 Corte europea dei diritti umani, 5 giugno 2015, Lambert e altri contro Francia, ricorso n. 46043/14.

87 Tra quelli più recenti si segnalano i casi Lambert, Gard, Affiri e Bidarri, Evans.

seguito di un incidente stradale che gli ha provocato un trauma cranico, una tetraplegia, alimentato e idratato artificialmente e in stato di coscienza minimale. Dalla lettura della sentenza si evince che la contrapposizione tra i genitori molto religiosi e il figlio (per il quale la moglie, si fa portatrice delle sue istanze, anche se il suo intervento di terzo a nome del marito viene rigettato dalla Corte di Strasburgo) fosse già forte prima che l'incidente che ha reso Vincent Lambert in stato vegetativo permanente.

Sotteso al problema giuridico vi è una questione metagiuridica sui valori etico-religiosi individuali, rappresentati dai genitori, come nel caso Lambert, Afiri, Gard e Evans), che chiedono la protezione della dignità del paziente loro congiunto, come protezione alla vita e pertanto richiedono la prosecuzione della somministrazione dei trattamenti vitali, anche se questi possono ricondursi in accanimento terapeutico. Sul punto, parrebbe utile la sintetica ricostruzione fattuale delle fattispecie. In dettaglio, nel caso Lambert, una volta stabilito dalla Corte di Strasburgo, seppure a maggioranza, che la sospensione dei trattamenti vitali al paziente, poiché effettuati alla luce della disciplina nazionale in materia dettata dalla c.d. Loi Leonetti, non era violativa né dell'art. 2 (protezione del diritto alla vita) e dell'art. 8 (protezione della vita privata e familiare), la vicenda ha ripreso vigore di fronte ai giudici nazionali. Infatti, a seguito del radicarsi di un nuovo contenzioso proposto ai genitori sul presunto conflitto di interessi della moglie del paziente nel rappresentarlo, la casa di cura che ospitava il paziente aveva deciso di sospendere la procedura sul distacco dei trattamenti vitali, poiché “non (sussistevano) più le condizioni di serenità e sicurezza necessarie per proseguire questa procedura sia per Vincent Lambert, sia per l'équipe medica”<sup>88</sup>. Il caso è ancora pendente di fronte alla giustizia francese a causa delle contrapposte e inconciliabili convinzioni etico-religiose dei due gruppi di familiari di Vincent Lambert<sup>89</sup>.

Il caso Afiri e Biddarri<sup>90</sup> si contraddistingue dal precedente perché la giovane paziente minorenni, sofferente una grave forma di miastenia autoimmune, aveva già in precedenza espresso il desiderio di “*non vivere come aveva fatto a casa nei mesi di maggio e giugno 2017*”. La ragazza era svenuta a seguito di una grave crisi cardio-respiratoria, veniva rianimata e applicato il respiratore artificiale. Data la vastità del danno celebrale, i medici avevano coinvolto sin da subito i genitori nella procedura per il distacco della ventilazione artificiale, in quanto “irragionevolmente ostinata”, affermando tuttavia che se questi si fossero opposti, la loro decisione sarebbe stata rispettata”. I genitori si manifestarono subito discordi e venne attivata la procedura prevista dall'art. 1110-5-1 del codice della sanità pubblica sul coinvolgimento di personale medico, paramedico, amministrativo e consulenti esterni esperti in materia di etica e pediatrica, in quali concordarono sul distacco del ventilatore artificiale in quanto la paziente era in uno stato di coma permanente, senza più reazioni cerebrali, pertanto sarebbe stato irragionevole mantenere ventilatore e alimentatore artificiale. Seppure si fossero incontrati diverse volte con i medici, i genitori instarono procedura d'urgenza pre bloccare la decisione della commissione”. Tuttavia la loro istanza venne rigettata in ogni ordine e grado dai tribunali francesi sulla base che: a) i genitori avevano mostrato scarso coinvolgimento nelle cure della figlia e il loro rapporto era stato molto difficile con i sanitari; b) viene esplicitamente affermato che gli interessi della figlia, Inès, non coincidevano con quelli dei genitori, i quali, nonostante la manifestata ostilità verso i medici, non avevano presentato un piano per la loro figlia, quindi la prosecuzione dei trattamenti artificiali avrebbe rappresentato un'ostinazione irragionevole e che la decisione della commissione non costituiva una violazione del diritto fondamentale alla vita. Tale decisione venne confermata anche dal *Conseil d'Etat*, e dalla Corte

---

88 G. Razzano, *Accanimento terapeutico o eutanasia per abbandono? Il Caso Lambert e la Corte di Strasburgo*, BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto, n. 3/2015, p. 173).

89 *Affaire Vincent Lambert: un collègue de médecins nommé pour réaliser une nouvelle expertise*, Le Monde, 3.5.2018; *Affaire Vincent Lambert: le tribunal rejette la demande de récusation des experts médicaux*, Le Monde, 6.6.2018; *Affaire Vincent Lambert: les médecins experts annoncent qu'ils se désistent*, Le Figaro, 15.06.2018; C. Garré, *Vincent Lambert: le tribunal administratif s'interroge sur la pertinence d'une nouvelle expertise*, Le Quotidien du Médecin, 20.6.2018

90 Corte europea dei diritti umani, 25 gennaio 2018, afiri e Biddarri contro Francia (ricorso n. 1828/18).

europea dei diritti umani, la quale rimarcava che se la procedura di decisione era collettiva (e ai genitori era stato data l'opportunità di prendervi parte), la decisione finale spetta esclusivamente al sanitario curante del paziente, nonostante i desideri di Inès non potessero essere stabiliti con certezza, purché ai genitori di Inès sia stato consentito di esercitare un rimedio appropriato per garantire la correttezza del rispetto della procedura, come avvenuto in questo caso.

Parrebbe, dunque, che il rispetto della dignità del paziente, passi anche attraverso il rispetto formale delle procedure stabilite per legge.

Tuttavia il riconoscimento della dignità dovrebbe essere realizzato in funzione protettiva e non paternalistica ovvero distruttiva<sup>91</sup>. Per questo sono emersi molti dubbi sulla gestione dei rapporti tra sanitari, autorità pubbliche e genitori, nonché sulla disciplina normativa dei casi Gard<sup>92</sup> e Evans<sup>93</sup>

Entrambi i casi concernono l'ordinamento inglese, anche se si sono svolti sotto gli occhi dell'opinione pubblica mondiale, cosicché ogni persona che vi ha prestato attenzione si è formata una propria opinione, diffusa e condivisa attraverso i social network, come raramente accaduto in precedenza<sup>94</sup>.

Si tratta di due minori inglesi che soffrivano di rare patologie, le quali hanno provocato il lento ed inesorabile decadimento delle loro funzioni vitali<sup>95</sup>. I genitori si sono sempre rifiutati di accettare quello che pareva essere l'ineludibile destino dei loro bambini. Nel caso di Charlie Gard, i genitori si sono rivolti ad uno specialista americano ed ad altri genetisti che avevano dato la loro disponibilità per l'elaborazione di un protocollo specifico per la sperimentazione di una cura che avrebbe dovuto migliorare le sue condizioni di salute, prolungargli l'aspettativa e la qualità della vita, ma che non era mai stata sperimentata in precedenza, ma che avrebbe necessitato il trasferimento negli Stati Uniti del piccolo. Simili profili presenta la analoga vicenda di Alfie Evans, un bambino di poco più di un anno sofferente di patologie irreversibili, anche in questa fattispecie la corte inglese aveva interdetto il suo trasferimento all'estero, in Italia, come richiesto dai genitori, dopo la concessione della cittadinanza italiana da parte del governo italiano su sollecitazioni provenienti da Oltretevere<sup>96</sup>

In entrambi i casi si presenta una contraddizione apparente: da un lato è crescente la sensibilità condivisa verso la rivendicazione della "morte con dignità". Alla luce di ciò si dibatte se sia possibile riconoscere a un neonato il diritto a essere aiutato a morire come estrema espressione del diritto a non soffrire. Si tratta di un dibattito dagli ampi risvolti politici e religiosi, che senza dubbio hanno avuto effetto sull'opinione pubblica, anche a seguito della laicizzazione della contemporaneità e della presa d'atto della non onnipotenza della medicina, nonostante l'invadenza della tecnologia nell'allungamento artificiale della vita<sup>97</sup>. Dall'altro lato, vi è una sensibilità collettivamente condivisa relativa al rigetto della morte di un bambino, oggi considerata "peculiarmente dolorosa" e pertanto inaccettabile<sup>98</sup>.

---

91 R. Conti, op. cit.

92 Corte europea dei diritti umani, 28 giugno 2017, Charles Gard e altri contro Regno Unito di Gran Bretagna (ricorso n. 39793/17).

93 Corte europea dei diritti umani, 23 aprile 2018, Evans contro Regno Unito di Gran Bretagna (ricorso n. 18770/18)

94 R. Das, *Populist discourse on a British social media patient-support community: The case of the Charlie Gard support campaign on Facebook*. *Discourse Context Media* (2018), <https://doi.org/10.1016/j.dcm.2017.11.005>

95 D. Wilkinson, J. Savulescu, *Alfie Evans and Charlie Gard—should the law change?*, *BMJ* 2018;361:k1891.

96 In dottrina, E. Lamarque, *Alfie Evans cittadino italiano. Bene, certamente. Ma perché solo lui?* In *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2018, p. 42; B. Pezzini, *Biopolitica e biodiritto nell'atto singolare, di concessione straordinaria della cittadinanza ad Alfie Evans*, Id., p. 54.

97 Sul punto vi è chi osserva che esistono situazioni nelle quali "the continuation of life is not an absolute good" (E. Wicks, *The State and the Body. Legal Regulation of Bodily Autonomy*, Oxford-Portland, 2016, p. 78).

98 A questo proposito, gli studiosi di storia sociale si sono interrogati sul «quando si è cominciato a percepire la morte di un bambino come un'autentica perdita», nel senso di una «ferita così peculiarmente dolorosa» (M. VOVELLE, *La Morte e l'Occidente*, Roma-Bari, 2000, p. VIII).

Accanto a siffatta sensazione emotiva si presentano due elementi importanti. Da un lato la circostanza che di fronte ad una malattia incurabile ed irreversibile, che abbia provocato un danno così grave da “essere irrecuperabile anche per la medicina italiana”<sup>99</sup>, non ci possa essere alternativa percorribile, mentre i genitori chiedevano supporto per il mantenimento in vita dei loro figli, indipendentemente dal sollievo che questi avrebbero potuto conseguire<sup>100</sup>

In questo ambito la questione diventa dirimente quando il quadro clinico del paziente è così compromesso che l'intervento terapeutico si trasforma da curativo a clinicamente inappropriato ed eticamente non proporzionato<sup>101</sup>, senza nessun miglioramento dello stato di salute ovvero della qualità della vita a favore del paziente. Si sottolinea che il concetto di “proporzionalità delle cure” emerge dalla dottrina cattolica e fa riferimento alla sospensione dei mezzi terapeutici quando il loro impiego non ottiene il risultato atteso tenuto conto delle condizioni della persona malata e delle sue condizioni fisiche e morali<sup>102</sup>. Sulla base di ciò, viene moralmente giustificata la rinuncia all'accanimento terapeutico. Secondo le parole dell'attuale Papa che siede sullo scranno di San Pietro si tratta di *“una scelta che assume responsabilmente il limite della condizione umana mortale, nel momento in cui prende atto di non poterlo più contrastare. «Non si vuole così procurare la morte: si accetta di non poterla impedire», come specifica il [Catechismo della Chiesa Cattolica](#) (n. 2278). Questa differenza di prospettiva restituisce umanità all'accompagnamento del morire, senza aprire giustificazioni alla soppressione del vivere. Vediamo bene, infatti, che non attivare mezzi sproporzionati o sospenderne l'uso, equivale a evitare l'accanimento terapeutico, cioè compiere un'azione che ha un significato etico completamente diverso dall'eutanasia, che rimane sempre illecita, in quanto si propone di interrompere la vita, procurando la morte”*<sup>103</sup>.

Dall'altro lato, vi è la questione sulla protezione della tutela del miglior interesse del minore. Sul punto ci si può chiedere chi può decidere sui bambini. Superati i tempi in cui i figli erano considerati “proprietà” dei genitori, i quali potevano disporne come se fossero stati propri “beni” di loro appartenenza<sup>104</sup>, si può osservare che in concreto i genitori non manifestano un vero e proprio consenso informato, ma si limitano ad autorizzare, seppure attraverso detta forma, l'espletamento di un trattamento medico sul loro figlio. Tale fattispecie è concettualmente differente dalla manifestazione del consenso informato e inerisce la figura giuridica della rappresentanza. Pertanto, quando si ravvisa in capo al rappresentante un interesse diverso da quello del rappresentato, e con questo in conflitto, si devono applicare le norme sulla rappresentanza.

Quali sono i possibili interessi in conflitto in tali fattispecie? Innanzitutto, emerge il conflitto tra il *best interest* dei bambini e quelli dei genitori, specie per quel che riguarda gli aspetti emotivi, ma potrebbero realizzarsi anche conflitti di interesse di natura economica (come per esempio relativamente alle raccolte di fondi tra il pubblico, facilmente organizzabili attraverso i social network) o morale (la condizione emotiva e di afflizione rispetto alla situazione del proprio caro)

---

99 U. Adamo, Cultura della vita e cultura della morte: interrogativi sul caso del piccolo Alfie Evans, [www.lacostituzione.info](http://www.lacostituzione.info), 1 maggio 2018.

100 Evans & Anor v Alder Hey Children's NHS Foundation Trust & Anor (Rev 1) [2018] EWCA Civ 984 (25 April 2018) §10 e ss.

101 Secondo quanto stabilito dall'art. 16 del Codice di deontologia medica

102 Congregazione per la Dottrina della Fede, Dichiarazione sull'eutanasia, 5 maggio 1980, IV: Acta Apostolicae Sedis LXXII [1980], 542-552

103 [https://w2.vatican.va/content/francesco/it/messages/pont-messages/2017/documents/papa-francesco\\_20171107\\_messaggio-monspaglia.html](https://w2.vatican.va/content/francesco/it/messages/pont-messages/2017/documents/papa-francesco_20171107_messaggio-monspaglia.html)

104 J. Bester, E. Kodish, *Children Are Not the Property of Their Parents: The Need for a Clear Statement of Ethical Obligations and Boundaries*, in *The American Journal of Bioethics*, 2017, 11, p. 17. Tale prospettiva ha ripreso vigore nel Regno Unito a seguito del caso di Alfie Evans, nel quale il rifiuto delle corti inglesi (Alder Hey Children's NHS Foundation Trust v Evans & Anor [2018] EWHC 308 (Fam) (20 February 2018), confermato dalla Corte europea dei diritti umani, di autorizzare il trasferimento del bambino all'estero, ha suggerito all'UKIP di lanciare una campagna a favore del “re-empower” dei genitori che sta acquisendo popolarità come “Alfie's Law” (C. Willow, *Alfie's law could undo decades of progress on children's rights*, *The Guardian*, 10.5.2018).

del rappresentante all'attuazione della cessazione del trattamento sanitario, come nella sospensione dei sostegni vitali<sup>105</sup>, ovvero di una possibile sperimentazione scientifica.

Occorre quindi valutare se la persona o l'ente che riveste il ruolo di rappresentante sia in grado di realizzare o meno l'interesse del rappresentato. Inoltre, affinché venga ravvisato siffatto conflitto non è sufficiente la coincidenza tra l'iniziativa del rappresentante e l'interesse del rappresentato, ma deve essere ravvisabile in capo al rappresentante un interesse diverso da quello del rappresentato.

Ulteriormente, si pone la questione se i genitori, che in via generale hanno la responsabilità e il diritto/dovere di decidere ciò che concerne i figli minori, siano in grado di prendere la decisione più loro più appropriata in ambito clinico. Ad essi si trova contrapposto il dovere della società, intesa come collettività, di proteggere i bambini da decisioni dei loro genitori che possono essere pericolose o non opportune<sup>106</sup>.

## **7. La connessione tra l'art. 5 sulla pianificazione condivisa delle cure e il silenzio sull'obiezione di coscienza nella nuova legge 14 dicembre 2017, n. 219**

La promulgazione della legge 14 dicembre 2017, n. 219 parrebbe aver raccolto l'esperienza giurisprudenziale, nazionale, sovranazionale e comparata relativa ai più significativi conflitti tra governo di sé con i dettami del magistero religioso (espressione delle libertà religiosa) nei limiti della manifestazione del consenso medico informato (concernente il rapporto tra la competenza del medico curante e l'autodeterminazione del paziente).

Alla luce di queste esperienze, ci si può concentrare sui contributi significativamente innovativi disciplinati dalla legge 219/2017. Si tratta di una "presenza" e di una "assenza" che sembrerebbero apparentemente giustificarsi a vicenda. Ci si riferisce da un lato al contenuto dell'art. 5 della legge che disciplina la "pianificazione condivisa delle cure", mentre dall'altro si osserva l'assenza di espliciti riferimenti normativi all'obiezione di coscienza<sup>107</sup>.

---

105A. Santosuosso, G. Turri, *La trincea dell'inammissibilità dopo tredici anni di stato vegetativo permanente di Eluana Englaro*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006, pp. 477 ss.

106 J. Bester, E. Kodish, op. cit.

107 Come è noto, l'obiezione di coscienza è legata alla nobile figura di Antigone che per non infrangere "le leggi non scritte degli Dei" disobbedisce all'ordine di Creonte di lasciare il corpo del sovversivo fratello senza il tributo degli onori funebri (R. Lauriola, *Antigone today: a time to die. Some thoughts*, *ClassicoContemporaneo*, 2015, 1, 59). Fino a che la leva militare è stata obbligatoria, l'obiezione di coscienza riguardava quella eccezione pagata a caro prezzo in termini di procedimenti e condanne penali da parte di giovani pacifisti che rifiutavano di adempiere al dovere di servizio militare. A partire dall'approvazione della legge 22 maggio 1978 n. 194, specificamente con l'art. 9 sull'interruzione volontaria di gravidanza l'obiezione di coscienza è entrata in bioetica poiché è consentito al "personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure di cui agli articoli 5 e 7 ed agli interventi per l'interruzione della gravidanza quando sollevi obiezione di coscienza, con preventiva dichiarazione". In questo modo l'obiezione di coscienza è entrata nella bioetica, disciplina che si occupa dell'integrazione tra i temi e le esigenze dell'etica, individuale e sociale, con le nuove conoscenze medico-biologiche (Voce "Bioetica" consultata sull'edizione online del Vocabolario Treccani: <http://www.treccani.it/vocabolario/bioetica/>). Secondo il parere del Comitato Nazionale di Bioetica l'obiezione di coscienza va considerata come la "pretesa del singolo di essere esonerato da un obbligo giuridico, perché egli ritiene che tale obbligo sia in contrasto con un comando proveniente dalla propria coscienza e sia inoltre lesivo di un diritto fondamentale rilevante in ambito bioetico e biogiuridico" (Comitato Nazionale di Bioetica, *Obiezione di coscienza e bioetica*, Roma, 30 luglio 2012). Infatti, l'obiezione di coscienza concerne il rifiuto di una prestazione in quanto questa è perfettamente corrispondente alla "leges artis" (D. Paris, *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza del medico?* In *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2018, p. 31) e in grado di beneficiare la salute del paziente, tuttavia essa comporta un risultato inaccettabile per le convinzioni etiche ovvero morali del medico. Si ricorda inoltre che vi sono altre categorie sanitarie che pretenderebbero di vedersi riconosciuto tale privilegio, come l'infermiere ovvero il farmacista (E. Trerocola, *Contraccezione d'emergenza e obiezione di coscienza nell'ordinamento civilistico*, *Relazione all'incontro "Nessuno tocchi Abele, una moratoria per la vita"*, Potenza 15 febbraio 2008, in *Giurisprudenza di merito*, 2009, fasc. 3, pp. 855-862).

Sotto il primo profilo, la pianificazione condivisa delle cure formalizza la relazione di cura tra medico e paziente “rispetto all'evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta” (art. 5, comma 1°), seppure non relativamente ad una “patologia in atto”<sup>108</sup>. Si tratterebbe quindi di una fattispecie che coinvolgerebbe i medici di famiglia, con i quali i pazienti intraprendono un rapporto curativo più stretto, quasi familiare, rispetto all'ospedalizzazione, che supera la tradizionale visione paternalistica e asimmetrica del rapporto medico-paziente<sup>109</sup>, rafforzandone invece la natura di “alleanza terapeutica”. Alla luce di tale prospettiva, il medico prospetta al paziente l'evolversi della patologia presentandogli le cure disponibili e, eventualmente, specificandogli anche le proprie visioni etico, religiose e morali in merito alle medesime. Dal canto suo, il paziente è messo nelle condizioni di rendersi conto delle possibilità cliniche di intervento e delle cure palliative, nonché della qualità della vita che può attendersi<sup>110</sup>.

Secondo il dettato normativo, espresso in termini “limpidi ma non eleganti”<sup>111</sup> a tale pianificazione “il medico e l'équipe sanitaria sono tenuti ad attenersi qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità”. Ecco dunque presentarsi la possibilità concreta di superamento dell'obiezione di coscienza del medico che ha pianificato le cure con il suo paziente in virtù del tradizionale principio “pacta sunt servanda”. Nel caso in cui possano cambiare le condizioni della malattia, la pianificazione condivisa delle cure può venire aggiornata su suggerimento del medico, ma se venisse a mancare il medico? L'art. 5, co. 5 afferma che “Per quanto riguarda gli aspetti non espressamente disciplinati dal presente articolo si applicano le disposizioni dell'articolo 4”, il quale tuttavia non prevede questa specifica fattispecie. Lo stretto rapporto di fiducia tra paziente e sanitario nella loro relazione di alleanza terapeutica suggerisce che, nel caso in cui la patologia non abbia ancora inficiato la capacità del paziente, la riformulazione di una nuova pianificazione condivisa delle cure.

Sotto il secondo profilo, ciò che sorprende nella nuova regolamentazione tra l'autonomia decisionale del paziente per quanto concerne il governo del corpo e la libertà di coscienza del sanitario curante è il silenzio legislativo sull'obiezione di coscienza. Infatti, l'obiezione di coscienza è stata esplicitamente prevista dal Legislatore per altre fattispecie inerenti temi eticamente sensibili come l'interruzione volontaria di gravidanza e la fecondazione medicalmente assistita.

Tale silenzio può essere riempito dallo spazio di confronto tra medico e paziente previsto dal summenzionato art. 5? La dottrina finora pubblicata sembra non aver messo in evidenza siffatta possibile relazione. Le prime voci dottrinarie che si sono cimentate nel commento della nuova normativa sottolineano che essa garantirebbe la preminenza della volontà del paziente rispetto a “scelte altre”<sup>112</sup>, cioè dei familiari ovvero del personale medico, con espresso rinvio ai principi costituzionali (nello specifico agli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione e agli artt. 1 (protezione della dignità), 2 (diritto alla vita), e 3 (diritto all'integrità della persona) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea<sup>113</sup>.

---

108 P. Zatti, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, Nuova Giur. Civ., 2018, 2, p. 247 e ss.

109 C. Romano, *Legge in materia di disposizioni anticipate di trattamento: l'ultrattività del volere e il ruolo del notaio*, Notariato, 2018, 1, p. 15 e ss.

110 C. Romano, op. cit.

111 D. Carusi, *La legge "sul biotestamento": una luce e molte ombre*, Corriere Giur., 2018, 3, p. 293 e ss.

112 M. De Masi, *Prima lettura della legge recante "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento"*, 8 gennaio 2018, consultato su [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)

113 Dal punto di vista della gerarchia delle fonti, va rilevato il ruolo che il Legislatore attribuisce alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea come fonte normativa di grado primario parallela alla Coarte costituzionale, specie alla luce del dibattito in corso sul ruolo all'interno della gerarchia delle fonti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (R. Bin, *Taricco Tango. Quale sarà il prossimo passo?*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2018; A. O. Cozzi, *Diretta applicabilità e sindacato accentratore di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali*, Id., 2018; D. Tega, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, Id., 2018; A. Ruggeri, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentratore di*

Sotto un profilo di diritto costituzionale, l'obiezione di coscienza trova il suo fondamento giuridico negli artt. 2 (che tutela i diritti inviolabili), 3 (relativo alla protezione dell'uguaglianza formale e sostanziale), 19 (inerente alla protezione della libertà di professare una confessione religiosa) e 21 1 co. (relativo alla libertà di manifestazione del pensiero) della Costituzione. Per la circostanza di natura giuridico relativo al fatto che essa concerne sempre una situazione di contrapposizione in quanto il sanitario che intende esprimere la sua obiezione di coscienza si trova di fronte ad un altro consociato (soggetto?) che a sua volta pretende di esercitare il diritto, altrettanto fondamentale, alla salute che la Costituzione (art. 32) e legge gli riconoscono. Come è possibile giungere a un bilanciamento appropriato di valori fondamentali? Per esempio, alcune possibili criticità del riconoscimento dell'obiezione di coscienza possono derivare dal fatto che gli obiettori i quali rifiutano di fornire un servizio sono così tanti da rischiare di vanificare il riconoscimento dell'esercizio del diritto da parte di chi ne è titolare. Altresì, l'impatto dell'uso disinvolto dell'obiezione mette sottopone a stress e isolamento professionale chi, seppure isolato, il servizio continua a garantirlo<sup>114</sup>.

Per quel che concerne la disciplina prevista dalla legge 219/2017, vi è chi rimarca che seppure l'obiezione di coscienza non sia esplicitamente prevista dalla normativa in questione, essa è garantita dall'art. 22 del Codice di Deontologia Medica<sup>115</sup>. Si tratta di una posizione che lascia spazio a perplessità interpretative in quanto, seppure il Codice di Deontologia Medica non sia gerarchicamente una fonte normativa primaria, esso è equiparato alla legge in maniera esplicita dall'art. 6, co.1 della legge 219/2017<sup>116</sup>. In questo "nucleo di ambiguità"<sup>117</sup>, è possibile l'espressione di una lettura "pro-life" delle DAT ovvero della pianificazione anticipata delle cure, con la manifestazione dell'obiezione di coscienza inerente al credo morale e religioso del medico, in contrasto con la volontà del paziente.

Una diversa opinione afferma, invece, che la possibilità del medico curante possa disattendere le DAT, manifestando così una sorta di obiezione di coscienza, sarebbe contenuta nell'art. 4, co. 5 della legge 219/2017, secondo cui le DAT possano essere disattese "in tutto o in parte" in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente, oppure in caso non esistano terapie disponibili o prevedibili all'atto della sottoscrizione delle DAT, in grado di offrire possibilità concrete al miglioramento delle condizioni di vita del paziente<sup>118</sup>. Premesso che il tema dell'assenza ovvero del contrasto con il fiduciario, non oggetto di questa indagine, ci si vuole concentrare sotto la prospettiva di espressione

---

*costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017), in Riv. diritti comparati, 3/2017; C. Caruso, La Corte costituzionale riprende il "cammino comunitario": invito alla discussione sulla sentenza n. 269/2017, in Forum di Quaderni Costituzionali; e ivi, L. Salvato, Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269/2017; A. Guazzarotti, Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sent. n. 269/2017; R. Conti, La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura.; G. Scaccia, L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi, Forum Quaderni costituzionali, 2018). Sotto il profilo della tecnica normativa, sarebbe stato più opportuno elaborare un preambolo che contenesse sia i riferimenti costituzionali e dell'Unione Europea sia quelli convenzionali, i quali hanno rappresentato una forte spinta adeguatrice della normativa interna ai parametri riconosciuti dalla giurisprudenza di Strasburgo su questo tema.*

114 Per una esaustiva analisi di questo fenomeno: C. Lalli, *C'è chi dice no. Dalla leva all'aborto. Come cambia l'obiezione di coscienza*. 2011, p. 203.

115 L'art. 22 del Codice di deontologia medica del 2014, rubricato "Rifiuto di prestazione professionale" stabilisce che Il medico può rifiutare la propria opera professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici, a meno che il rifiuto non sia di grave e immediato nocumento per la salute della persona, fornendo comunque ogni utile informazione e chiarimento per consentire la fruizione della prestazione".

116 S. Canestrari, *La relazione medico-paziente nel contesto della nuova legge in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento (commento all'art. 1)*, in BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, n. 1/2018, p. 23.

117 G. Gristina, *Considerazioni in merito ai commi 5, 6 e 7 dell'articolo 1 della legge sul consenso informato, e sulle disposizioni anticipate di trattamento*, BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, n. 1/2018, p. 30.

dell'obiezione di coscienza del medico. In questo senso, l'art. 4 co. 5 della legge 219/2017 non consente l'individuazione di criteri ai quali riferire la valutazione del carattere "palesamente incongruo o non corrispondente alla condizione attuale del paziente" delle DAT<sup>119</sup>. Si osserva come da tale operazione valutativa dipenda la possibilità del medico di disattenderle "in tutto o in parte", lasciando quindi spazio alla possibilità a favore del medico di astenersi dall'applicarle, effetto riconducibile ad una sorta di manifestazione di obiezione di coscienza. Infatti, la valutazione di "un giudizio oggettivo di congruità"<sup>120</sup> relativamente alla congruità o corrispondenza della condizione clinica attuale del paziente è inevitabilmente discrezionale da parte del medico, soprattutto nell'ambito delle "terapie non prevedibili", alla luce della continua evoluzione scientifica e tecnologica, la quale pone nuovi dubbi bioetici<sup>121</sup>.

Taluno, invece, afferma che la disciplina stabilita dalla legge 219/2017 relativa al rapporto medico paziente nel suo complesso non riguardi l'obiezione di coscienza, ma il legittimo spazio di autonomia professionale spettante al medico, trovando un equilibrio di riferimento nella disciplina del consenso informato, il quale garantisce reciproci spazi di libertà di medico e paziente nella relazione di cura, in modo che la volontà dell'uno non si trasformi in una imposizione sulla libertà di autodeterminazione dell'altro<sup>122</sup>, ovvero il medico non venga ricondotto a mera figura esecutrice dei desideri del paziente. Indubbiamente, tra gli elementi che a vario grado possono influenzare lo svolgimento di tale rapporto non vanno taciute le asimmetrie di competenze del medico verso i pazienti ovvero la presenza di fattori emozionali presenti nei pazienti, dei loro familiari e, quando previsto, anche nel fiduciario.

Tuttavia, secondo certa dottrina l'assenza di una disposizione normativa che esplicitamente garantisca al sanitario curante potrebbe costituire, nello svolgimento della prassi applicativa, una violazione della libertà di coscienza secondo quanto stabilito dal combinato disposto degli artt. 2, 3, 19 e 21 della Costituzione. Tuttavia, l'esplicita assenza di una disposizione che riconosca esplicitamente l'obiezione di coscienza esso potrebbe essere ricondotto nei parametri della legittimità costituzionale attraverso una interpretazione conforme<sup>123</sup> del già citato art. 6, co. 1 quando la fattispecie concreta porti il medico a effettuare pratiche in contrasto con le sue convinzioni morali ovvero religiose<sup>124</sup>. Ciò nonostante, l'applicazione della teoria dell'interpretazione conforme in questo caso non riesce a superare il silenzio legislativo sul punto. Al contrario parrebbe più appropriato che, in dipendenza del confronto con una fattispecie concreta, venisse sollevata questione di legittimità costituzionale per misurare l'effettiva violazione della libertà di coscienza, se questa è così elevata da imporre al medico che si opponga di non eseguire ovvero interrompere un trattamento sanitario e in quali limiti<sup>125</sup>.

---

118 B. Liberali, *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?*, Rivista di diritti comparati, n.3/2017, p. 265.

119 B. Liberali, op. cit.

120 B. Liberali, ult. op. loc. cit. Tuttavia, in senso contrario. U. Adamo, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: finalmente la legge, 15 dicembre 2017*, su [www.lacostituzione.it](http://www.lacostituzione.it). Info

121 F. Giglio, *Human Life-Span Extension. Spunti per una riflessione su medicina e invecchiamento*, Medicina e morale, 2016, 1, pp. 19 e ss; N. Vettori, *Il diritto alla salute alla fine della vita: obblighi e responsabilità dell'amministrazione sanitaria*, in Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario, 2016, fasc. 4, pp. 1463-1480

122 D. Paris, op. cit., p. 32.

123 In materia di interpretazione conforme, si veda: G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006

124 D. Paris, op. cit., p. 35.

125 D. Paris, ult. loc. op. cit.