

Il consenso informato. Profili di diritto comparato

Carlo Casonato

Sommario: Abstract. – 1. Introduzione. – 2. Il consenso: origini e natura. – 3. Il riconoscimento a livello europeo (cenni). – 4. La modellistica proposta. – 5. Il modello a tendenza impositiva. – 5.1. La questione relativa alla limitazione della libertà. – 5.2. La questione relativa al principio di eguaglianza. – 5.3. Gli strumenti della flessibilità: la “bio-equity”. – 6. Il modello a tendenza permissiva. – 7. Considerazioni di sintesi.

Abstract: Informed consent is often said to be a legal issue affecting the therapeutic professions as much discussed as little understood. This article develops an analysis of the concept of informed consent from a comparative perspective, dividing a number of relevant countries into two models – the prevalingly permissive and the prevalingly impositive one –, neither one of them allowing for extreme solutions such as the right to die, on the one hand, and the duty to be kept artificially alive beyond one’s own idea of human dignity, on the other. According to such distinction, and paying particular attention to the-law-in-action governing end of life decisions, the Author considers similarities and diversities, as well as evolving common trends.

1. Introduzione

In questo scritto si intendono proporre alcune riflessioni, in termini di diritto comparato, sul tema del consenso informato. Dopo un breve inquadramento della sua origine, delle sue caratteristiche e della sua natura, si proporrà un percorso che, più che trattare la materia stato per stato, combinerà le tematiche che paiono più interessanti con le soluzioni date in alcuni ordinamenti significativi. In questo modo, si faranno emergere alcuni dei profili più problematici cui gli stati hanno variamente cercato di dare risposta. A seguito di alcuni cenni rivolti al quadro europeo, tanto al Consiglio d’Europa quanto al diritto dell’Unione, l’analisi proseguirà individuando due modelli (quello a tendenza impositiva e quello a tendenza permissiva) all’interno dei quali verranno ricompresi i singoli ordinamenti considerati.

Lo studio avrà a riferimento principale la normativa e la giurisprudenza intervenute in materia di fine vita; materia su cui si segnaleranno gli interventi più significativi anche al fine di ricostruire il principio del consenso informato in termini più complessivi.

2. Il consenso: origini e natura

Il principio del consenso, in riferimento all’ambito sanitario, assume caratteristiche e natura riconducibili alla dimensione morale più che a quella tecnico-medica. Ripercorrerne le origini ne dà una chiara dimostrazione.

Fino a qualche decennio fa, i ritmi della vita, dal suo inizio al suo termine, erano – possiamo dire – scanditi dalla natura che faceva il suo corso con limitati o limitatissimi interventi da parte dell’uomo. In estrema sintesi, si può rilevare come con il procedere della scienza medica e la diffusione delle terapie di sostegno vitale l’intervento umano abbia potuto condizionare sempre di più il corso della nostra esistenza, arrivando ad allungarla e migliorarla in termini sia quantitativi

che qualitativi. Si pensi, al riguardo, ai primi impieghi del ventilatore meccanico (1952), della terapia dialitica (1961) o al primo, anche simbolicamente rivoluzionario, trapianto di cuore (1967)¹. Come ogni altro prodotto della scienza, peraltro, anche le innovazioni in medicina non poterono – né possono – essere imposte a tutti, sempre e comunque per il solo fatto di esistere. L’impiego di ogni nuovo ritrovato tecnologico, in questo senso, non si “auto-impone”, ma è il risultato di una precisa scelta discrezionale. Anche le innovazioni in ambito medico, così, hanno creato nuovi, talvolta ampi, spazi di decisione in riferimento all’opportunità, ai destinatari ed ai limiti della loro applicazione concreta. Ed anzitutto, si è dovuto individuare chi fosse il soggetto legittimato a coprire tali nuovi ambiti di scelta.

Dopo un primo periodo in cui le inerzie culturali legate al modello paternalistico imposero il medico quale esclusivo protagonista della scelta sui trattamenti sanitari – ci si perdoni la brutale sintesi –, una seconda evoluzione, questa volta culturale e giuridica, ha portato ad individuare nella persona coinvolta, e dunque nel malato, il titolare delle decisioni rispetto alla propria salute ed alle cure a lui rivolte. Così, non è un caso che il consenso informato prenda piede negli Stati Uniti a cavallo fra gli anni ’50 e ’60, in conseguenza, appunto, della combinazione di una serie di sviluppi scientifici con un parallelo progresso culturale legato ad un’attenzione crescente verso le libertà individuali e l’eguaglianza sociale, l’affermazione dei diritti civili e politici anche delle minoranze, i movimenti a tutela dei consumatori, il femminismo². Un inedito protagonismo della persona nel campo legato alla propria salute si spiega quindi all’interno di un più ampio percorso evolutivo che ha richiamato un forte interesse anche giuridico-costituzionale verso le dimensioni citate. In sintesi, può dirsi come la scienza, in quegli anni, abbia messo a punto una serie di attrezzature e di tecniche tali da permettere che alcuni eventi legati alla salute, alla vita e alla morte rientrassero nella disponibilità di un individuo cui la cultura ed il diritto si avviavano a riconoscere dimensioni di forte libertà e uguaglianza.

Il passaggio dal paternalismo medico al principio del consenso, oltre che prestarsi ad una lettura di taglio storico, può anche trovare una spiegazione nella natura stessa della scelta da effettuare. Decisioni sulle cure cui essere sottoposti o meno, si pensi soprattutto a quelle da assumere nelle fasi finali della vita o in riferimento a trattamenti di sostegno vitale, si devono basare su un presupposto informativo di carattere tecnico, ma nella loro essenza paiono scelte di natura morale. Se le percentuali di successo, le alternative, le controindicazioni, gli effetti collaterali, le statistiche di rischio costituiscono variabili informative immancabili per una decisione consapevole (il consenso, in questo senso, non deve sostituire la solitudine del “medico paternalista” con un’altra solitudine: quella del malato), nella sua essenza la scelta terapeutica è basata su un giudizio di compatibilità e coerenza della proposta medica con la struttura morale del paziente, con la rappresentazione della sua umanità, con l’immagine che ha di sé e che vuole lasciare a chi potrà sopravvivergli: in una parola – potremmo dire – con la sua dignità.

Pare così ragionevole che la volontà da cui far dipendere la scelta (morale) su un determinato trattamento debba essere quella del soggetto (agente morale) cui il trattamento stesso è rivolto.

¹ Cfr. D. CALLAHAN, *Bioethics*, in W.T. REICH (chief ed.), *Encyclopedia of Bioethics*, New York, Simon & Schuster - MacMillan, 1995, 248.

² Dal 1930 al 1956, si sono contati solo nove articoli apparsi sulla letteratura medica statunitense in tema di consenso. Il caso *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, 317 P.2d 170 (Cal. Dist. Ct. App. 1957) ha segnato, al riguardo, l’inizio di quello che potremmo definire un genere giuridico-letterario. Si tratta di una sentenza della Corte d’appello della California che condannò per *malpractice* l’Università di Stanford per la paralisi alle gambe provocata a Martin Salgo da un’aortografia condotta senza aver preventivamente informato il paziente dei rischi connessi all’operazione. La Corte, in questo precedente, saldò la scelta terapeutica con la necessaria informazione preventiva, imponendo ai medici l’obbligo di riferire «any facts which are necessary to form the basis of an intelligent consent by the patient to proposed treatment». Una ricostruzione della vicenda e del contesto nel classico R.R. FADEN, T.L. BEAUCHAMP, *A History and Theory of Informed Consent*, New York e Oxford, Oxford University Press, 1986, 125 e 86.

3. Il riconoscimento a livello europeo (cenni)

Tale ricostruzione trova una conferma eloquente a livello europeo. Più che alla Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina (cd. Convenzione di Oviedo) che pure all'art. 5 prevede espressamente che «[u]n intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato»³; più che alla giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo che pure ha collegato al diritto al rispetto della vita privata dell'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu) il diritto di rifiutare trattamenti anche di sostegno vitale («[i]n the sphere of medical treatment, the refusal to accept a particular treatment might, inevitably, lead to a fatal outcome, yet the imposition of medical treatment, without the consent of a mentally competent adult patient, would interfere with a person's physical integrity in a manner capable of engaging the rights protected under Article 8 § 1 of the Convention»)⁴, rileva in questa sede la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Essa infatti dispone espressamente che «[n]ell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge».

Piace richiamare, in particolare, la *sedes materiae* di tale disposizione, che si trova fra le primissime della Carta, all'articolo 3, e significativamente all'interno del capo primo, dedicato proprio alla «Dignità». Va sottolineato, in questi termini, come la fonte che ai sensi del Trattato di Lisbona potrebbe diventare il *Bill of Rights* dell'Unione Europea contempra il principio del consenso, basandolo sul riconoscimento della natura morale e quindi personale della scelta in stretto collegamento con il rispetto della dignità della persona⁵.

4. La modellistica proposta

Ricostruito il consenso in termini di scelta morale, va ora dato conto delle fonti che ne costituiscono le basi, e del contenuto e dei limiti entro cui viene riconosciuto in una serie di sistemi nazionali. Come anticipato, anziché condurre un'analisi ordinamento per ordinamento, si è scelto di proporre una modellistica che sia in grado di descrivere efficacemente le caratteristiche di una serie di discipline significative, anche al fine di valutarne i profili più convincenti e quelli maggiormente problematici⁶.

³ L'articolo prosegue:

«[q]uesta persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi.

La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso».

La Convenzione è stata ratificata da Bosnia ed Erzegovina, Bulgaria, Repubblica Ceca, Cipro, Croazia, Danimarca, Estonia, Georgia, Grecia, Islanda, Lituania, Moldavia, Norvegia, Portogallo, Romania, San Marino, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Svizzera, Turchia, Ungheria. Come noto, l'Italia non ha ancora depositato lo strumento di ratifica (legge n. 145 del 2001).

⁴ Si tratta del caso *Pretty v. the United Kingdom* del 29 aprile 2002 (p. 63).

⁵ Se la Carta non è ancora diritto vigente, va ricordato come già venga utilizzata come ausilio interpretativo tanto dalla Corte di Giustizia quanto da molte giurisdizioni statali.

In riferimento alla relazione fra consenso e dignità, oltre a quanto diremo *infra* sulla giurisprudenza colombiana, può anche segnalarsi come una sentenza della Corte suprema federale tedesca del 17 marzo 2003 (BGH XII ZB 2/03) abbia fondato la natura vincolante delle direttive anticipate (*Patientenverfügung*) proprio sul diritto di autodeterminazione individuale, in stretto collegamento con la clausola della tutela della dignità umana prevista al primo comma del primo articolo del *Grundgesetz*. La materia è ora disciplinata da una legge approvata il 18 giugno 2009, che entrerà in vigore nel mese di settembre del 2009 (*Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts*).

⁶ Per maggiori approfondimenti riguardo alle considerazioni successive, si consenta il riferimento a C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, Giappichelli, 2009, 84 ss.

L'indagine di diritto comparato dimostra come in nessun ordinamento della *Western Legal Tradition* l'individuo sia riconosciuto quale padrone assoluto ed incondizionato della propria vita e del proprio destino biologico; ma come, d'altro canto, in tutti gli ordinamenti sia previsto un qualche margine di libertà di scelta sugli stessi aspetti. In questi termini, tutti gli stati considerati si collocano da qualche parte all'interno dello scarto esistente fra un modello astratto che potremmo chiamare "assolutamente permissivo" (in cui l'individuo avrebbe un diritto illimitato di gestire la propria vita e la propria morte) ed un altro che potremmo chiamare "assolutamente impositivo" (in cui alla persona è tolto ogni margine di autodeterminazione in riferimento alla conduzione ed alla conclusione della propria esistenza). Le esperienze contemporanee possono quindi ordinarsi all'interno di *modelli tendenziali* (di segno impositivo o permissivo) tutti tipicamente connotati da un bilanciamento fra la dimensione della libertà e quella dell'imposizione.

Il *modello a tendenza impositiva* è compatibile con un generale riconoscimento del diritto di rifiutare trattamenti sanitari anche di sostegno vitale⁷. In questo senso, il modello in parola è solo *a tendenza impositiva* perché esclude un generale dovere di mantenersi in vita o di essere curati, consentendo al singolo di esercitare un ampio diritto di rifiutare trattamenti dalla cui interruzione risulti anche la morte dello stesso.

La tutela dell'autodeterminazione individuale nell'ambito del fine vita si arresta però di fronte a condotte volte a cagionare in forma diretta la morte della persona. Così, mentre da un lato è previsto un diritto, di natura talvolta costituzionale, al rifiuto di terapie anche di sostegno vitale (con una morte causata dalla malattia che fa il suo corso non più impedita da presidi terapeutici che la persona ha diritto di rifiutare), è d'altro canto disposto il divieto, assistito da sanzione penale, tanto dell'omicidio del consenziente quanto dell'assistenza al suicidio (in cui la causa della morte è esogena rispetto alla patologia). In questo senso, il controllo sulla propria esistenza, che in fasi "ordinarie" è affidato al singolo, è in fasi "straordinarie" spostato in capo all'ordinamento che è legittimato ad imporre scelte anche non condivise dal soggetto.

Fra gli ordinamenti che fanno parte del modello a tendenza impositiva possono ricordarsi il Canada, la Francia, la Germania, l'Italia, il Regno Unito e gli Stati Uniti (nella dimensione federale). Anche nella Convenzione di Oviedo – come anticipato – è contemplato il diritto al rifiuto ma non il "diritto di morire" a seguito di assistenza al suicidio o omicidio del consenziente; e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo (in riferimento alla Cedu) ha ribadito l'esistenza del diritto di rifiutare trattamenti anche di sostegno vitale confermando la legittimità del reato di assistenza al suicidio⁸.

Il secondo dei modelli proposti, quello *a tendenza permissiva*, si caratterizza, oltre che per il riconoscimento del diritto di rifiutare le cure, per la non punibilità, a determinate condizioni, delle condotte dirette a provocare direttamente l'omicidio del consenziente o, più spesso, l'assistenza al suicidio. Come il modello a tendenza impositiva, anche quello in parola prevede la possibilità di rendere obbligatori determinati trattamenti sanitari al fine di tutelare la salute collettiva. Quanto lo differenzia dal primo, peraltro, consiste in una protezione qualitativamente maggiore, anche se non assoluta, della libera determinazione della persona in relazione alle fasi finali della sua esistenza. Il modello in parola è infatti solo *a tendenza permissiva*, in quanto non prevede, in termini propri, un diritto di morire, ma la non punibilità, in presenza di determinati requisiti, di quanti esercitino una condotta diretta all'assistenza al suicidio o all'omicidio del consenziente.

All'interno degli ordinamenti che fanno parte di tale modello è possibile distinguere quelli che permettono solo l'aiuto o l'assistenza al suicidio (Svizzera, stati di Oregon, Washington e Montana,

⁷ Tale diritto cede tipicamente di fronte a determinati trattamenti obbligatori (od onerosi), i quali devono di regola essere imposti per legge e rispettare le dimensioni ritenute fondamentali della persona.

⁸ Caso *Pretty v. the United Kingdom*, cit.

se, per quest'ultimo, la Corte Suprema statale confermerà la sentenza di una corte inferiore) e quelli che consentono anche l'omicidio del consenziente (Olanda, Belgio, Lussemburgo e forse – vedremo – Colombia).

5. Il modello a tendenza impositiva

Come anticipato, il modello a tendenza impositiva riconosce un diritto (talvolta a livello costituzionale) al rifiuto di trattamenti anche di sostegno vitale, ma considera reati l'assistenza al suicidio e l'omicidio del consenziente.

Negli Stati Uniti, il principio del consenso ha origini lontanissime, in alcune pronunce già dell'inizio del ventesimo secolo. In una sentenza della Corte Suprema del Minnesota del 1905, *Mohr v. Williams*, si legge: «the free citizen's first and greatest right, which underlies all others – the right to the inviolability of his person, in other words, his right to himself – is the subject of universal acquiescence, and this right necessarily forbids a physician or surgeon, however skillful or eminent, (...) to violate without permission the bodily integrity of his patient»⁹. E se, come detto, si devono aspettare gli anni '50 (ed il citato caso *Salgo*) per la diffusione degli approfondimenti sui principi dell'informazione e del consenso, il diritto a scegliere in maniera consapevole ogni trattamento medico è già subito confermato in altri casi e da altri giudici, fra cui Benjamin Cardozo nel caso *Schloendorff* del 1914: «Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent commits an assault, for which he is liable in damages»¹⁰.

In questa brevissima ricostruzione, e giungendo a vicende più recenti, va ricordato come il principio del consenso abbia trovato una solida base nel «common law right to self-determination and informed consent» e come, con il caso *In re Quinlan* del 1976, la Corte Suprema del New Jersey abbia riconosciuto il diritto al rifiuto su basi costituzionali, ed in particolare sul *right to privacy*¹¹. Tale impostazione venne corretta dalla Corte suprema degli Stati Uniti che, a partire dal *leading case Cruzan* del 1990, richiamò la *due process clause* del XIV emendamento: «A competent person has a liberty interest under the Due Process Clause in refusing unwanted medical treatment»¹². In questo modo, oltre che sul *common law* e su quanto contenuto in alcune Costituzioni statali, il principio del consenso ottenne un fondamento anche a livello di costituzione federale.

Nello stesso caso *Cruzan* la Corte non fece alcuna distinzione fra il rifiuto di trattamenti sanitari ordinari e di quelli di sostegno vitale, come nutrizione e idratazione artificiali, dando al diritto al rifiuto, in entrambi i casi, un appoggio particolarmente solido: «The constitutionally protected right

⁹ *Mohr v. Williams*, 95 Minn. 261, 104 N.W. 12.

¹⁰ *Schloendorff v. Society of N.Y. Hosp.*, 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92 (1914). Le vicende storiche legate al consenso sono ripercorse da R.R. FADEN, T.L. BEAUCHAMP, *A History and Theory of Informed Consent*, cit., 120 ss.

¹¹ *In Re Quinlan*, 70 N.J. 10, 355 A.2d 647 (1976): «Although the Constitution does not explicitly mention a right of privacy, Supreme Court decisions have recognized that a right of personal privacy exists and that certain areas of privacy are guaranteed under the Constitution (...). Presumably this right is broad enough to encompass a patient's decision to decline medical treatment under certain circumstances, in much the same way as it is broad enough to encompass a woman's decision to terminate pregnancy under certain conditions».

¹² *Cruzan v. Director, MDH*, 497 U.S. 261 (1990): «The Fourteenth Amendment provides that no State shall “deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law.” The principle that a competent person has a constitutionally protected liberty interest in refusing unwanted medical treatment may be inferred from our prior decisions».

to refuse lifesaving hydration and nutrition (...) was not simply deduced from abstract concepts of personal autonomy, but was instead grounded in the Nation's history and traditions, given the common law rule that forced medication was a battery, and the long legal tradition protecting the decision to refuse unwanted medical treatment»¹³.

Può anche aggiungersi come ancora in *Cruzan* la Corte Suprema abbia considerato non incostituzionale una legge statale che, in riferimento a persone divenute incapaci di esprimere la propria volontà, condizionava l'interruzione di trattamenti di sostegno vitale ad un onere probatorio particolarmente rigoroso: «we conclude that a State may apply a *clear and convincing evidence standard* in proceedings where a guardian seeks to discontinue nutrition and hydration of a person diagnosed to be in a persistent vegetative state» (corsivo aggiunto)¹⁴.

A fronte della forte tutela, anche a livello costituzionale, del diritto al rifiuto di trattamenti, l'ordinamento federale statunitense, come tutti quelli che abbiamo inserito all'interno del modello a tendenza impositiva, non consente alla persona, pur gravemente malata e sofferente, di spingere la propria autodeterminazione fino alla richiesta dell'omicidio o dell'aiuto al suicidio¹⁵. Questo sulla base di una distinzione fra il diritto al rifiuto e la richiesta di "eutanasia" che può farsi dipendere dalla differenza in termini di *intenzione* dei soggetti coinvolti, di *condotta* del soggetto agente e del relativo *risultato* e, infine, di *causa specifica* della morte.

Complessivamente, la distinzione si basa su una diversa considerazione dell'*interruzione di un trattamento*, da cui può dipendere la morte di una persona a causa di una malattia che segue il suo "corso naturale" non più contrastato da cure che la persona ha diritto di rifiutare, rispetto ad un *intervento attivo immediatamente diretto a cagionare una morte* dovuta a cause indipendenti da quelle della malattia (dose letale di morfina o iniezione di cloruro di potassio o di sodio pentobarbital, ad esempio).

Tale assetto è stato tipicamente criticato per due ordini di ragioni.

5.1. La questione relativa alla limitazione della libertà

Il primo ha a che fare con una limitazione della libertà individuale considerata non giustificata dall'esistenza di interessi immediati di terzi o della collettività. In presenza di una persona capace e consapevole, affetta da malattia terminale o grave e afflitta da dolore che non consideri più sostenibile, ci si è infatti interrogati sulle ragioni del divieto di farsi assistere nel concludere una vita considerata non più dignitosa e sulla compatibilità di tale divieto con il principio di autodeterminazione.

A fronte di tale problematica, una rassegna condotta sui sistemi giuridico-costituzionali appartenenti al modello a tendenza impositiva fa emergere una serie di risposte che si basano su un bilanciamento ritenuto legittimo fra la volontà della persona e la tutela di tre ordini di interessi

¹³ Tenendo conto di quanto detto in merito alla natura morale del principio del consenso, parrebbe anzi che proprio la scelta in riferimento ai trattamenti più delicati, quelli cui segue la morte del malato, sia quella da proteggere con maggior intensità.

¹⁴ *Cruzan*, cit., 284: «Missouri requires that evidence of the incompetent's wishes as to the withdrawal of treatment be proved by clear and convincing evidence. The question, then, is whether the United States Constitution forbids the establishment of this procedural requirement by the State. We hold that it does not».

¹⁵ Vedremo come siano alcuni stati che, con modalità ritenute compatibili con l'ordinamento federale, prevedono la non punibilità in alcuni casi di assistenza al suicidio.

statali ritenuti prevalenti. L'autodeterminazione del soggetto, in questo senso, trova un primo limite nell'interesse generale a preservare la vita, definita in termini di sacralità (*Sancity of Life*), anche contro la volontà consapevole del soggetto. I timori riconducibili ai rischi della "china scivolosa" (*slippery slope*) ed ai pericoli di danneggiare categorie deboli e vulnerabili della popolazione costituiscono un secondo ordine di ragioni tipicamente portato a giustificazione dei limiti all'autonomia personale. A tali profili, si aggiunge un terzo motivo relativo alla percezione sociale (ed all'auto-percezione) del personale medico-sanitario quale insieme di professionisti che si adopera per la cura delle persone e non per la loro morte.

Negli Stati Uniti, in particolare, tali considerazioni sono fatte proprie dalla Corte Suprema che, nel caso *Washington v. Glucksberg* del 1997, ha confermato come gli interessi statali tutelati attraverso l'articolo del codice penale in materia di divieto dell'aiuto al suicidio includano «prohibiting intentional killing and preserving human life; preventing the serious public health problem of suicide, especially among the young, the elderly, and those suffering from untreated pain or from depression or other mental disorders; protecting the medical profession's integrity and ethics and maintaining physicians' role as their patients' healers; protecting the poor, the elderly, disabled persons, the terminally ill, and persons in other vulnerable groups from indifference, prejudice, and psychological and financial pressure to end their lives; and avoiding a possible slide towards voluntary and perhaps even involuntary euthanasia»¹⁶. La costituzionalità del divieto di assistenza al suicidio collegata alla prevalenza di tali interessi rispetto alla volontà della persona, inoltre, è giustificata dall'inapplicabilità al caso di specie della *due process clause*; clausola che – come visto in materia di diritto al rifiuto – presupporrebbe l'esistenza di un diritto al suicidio radicato nelle tradizioni e nella storia giuridica nazionale: «This asserted right has no place in our Nation's traditions, given the country's consistent, almost universal, and continuing rejection of the right, even for terminally ill, mentally competent adults».

Al riguardo, può segnalarsi come in un altro ordinamento appartenente al modello a tendenza impositiva, il Canada, la Corte Suprema abbia rilevato nella norma che vieta il diritto al suicidio una lesione del principio di «liberty and security of the person», legittimata però dall'applicazione dei «*principles of fundamental justice*», egualmente previsti a livello costituzionale¹⁷.

5.2. La questione relativa al principio di eguaglianza

Il secondo motivo che ha portato a criticare la distinzione tipica del modello a tendenza impositiva fra diritto al rifiuto e reati di assistenza al suicidio e omicidio del consenziente ruota attorno al principio di eguaglianza. In particolare, si è sostenuto come una persona che sia affetta da una malattia che impone un trattamento di sostegno vitale (ventilazione meccanica o nutrizione e idratazione artificiali, ad esempio) sia titolare di un vero e proprio diritto alla sua interruzione, potendo in questo modo gestire tempi e modalità della propria morte. Chi invece sia affetto da una malattia che può essere anche più grave o allo stato terminale, ma che non impone mezzi di

¹⁶ *Washington et al. v. Glucksberg et al.*, 521 U.S. 702 (1997): «The relative strengths of these various interests need not be weighed exactly, since they are unquestionably important and legitimate».

¹⁷ Si tratta del caso, risolto con una maggioranza di 5 a 4, con una decisa *dissenting opinion* del Chief Justice Lamer, *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519. I motivi di *fundamental justice* nell'opinione di maggioranza ruotano sostanzialmente attorno alla *sancity of life*.

sostegno vitale, non ha la stessa facoltà; anzi, chi lo mettesse nelle condizioni di togliersi la vita sarebbe passibile di una pesante condanna.

Anche su tale quesito è intervenuta, fra le altre, la Corte Suprema degli Stati Uniti con una sentenza anch'essa unanime resa lo stesso giorno di *Washington v. Glucksberg*. A fronte della Corte d'appello del secondo circuito che aveva dichiarato il divieto di assistenza al suicidio vigente nello stato di New York incostituzionale rispetto all'*equal protection clause* del XIV emendamento¹⁸, i giudici di Washington in *Vacco v. Quill* ne confermarono la legittimità¹⁹. Sulla base delle differenze illustrate in tema di causa e di intenzione, infatti, la Corte sostenne che «[t]he distinction between letting a patient die and making that patient die is important, logical, rational, and well established». Inoltre, il divieto di assistenza al suicidio non potrebbe avere effetti discriminatori in quanto «[e]veryone, regardless of physical condition, is entitled, if competent, to refuse unwanted lifesaving medical treatment; no one is permitted to assist a suicide» (corsivo in originale); e in quest termini «[g]enerally speaking, laws that apply evenhandedly to all “unquestionably comply” with the Equal Protection Clause»²⁰.

C'è un altro ordinamento in cui la stessa questione è emersa in termini critici: il Regno Unito.

Anche questo sistema riconosce tradizionalmente e su basi particolarmente solide il diritto al rifiuto di trattamenti. Anche prima del caso *Airedale NHS Trust v. Bland*, risolto dalla *House of Lords* nel 1993 o di *Ms B* del 2003, così, si sostiene come «[a] mentally competent patient has an absolute right to refuse to consent to medical treatment for any reason, rational or irrational, or for no reason at all, even where that decision may lead to his or her own death»²¹. D'altro canto, il divieto di assistenza al suicidio è previsto dal *Suicide Act* del 1961 e la sua distinzione con il rifiuto di trattamenti vitali (si trattava anche in questo caso di nutrizione e idratazione artificiali) ha trovato pieno sostegno a livello giurisprudenziale: «there is no question of the patient having committed suicide, nor therefore of the doctor having aided or abetted him in doing so. It is simply that the patient has, as he is entitled to do, declined to consent to treatment which might or would have the effect of prolonging his life, and the doctor has, in accordance with his duty, complied with his patient's wishes»²².

La distinzione fra rifiuto e assistenza al suicidio, chiara e convincente in termini generali, è stata tuttavia sottoposta a critica in riferimento al confronto fra due casi britannici decisi rispettivamente dalla *High Court of Justice* (*Ms B*) e dalla *House of Lords* (*Diane Pretty*) a pochi mesi di distanza l'uno dall'altro²³.

Il primo caso ha riguardato una donna tetraplegica, paralizzata al di sotto del collo e costretta, per respirare, a vivere con l'ausilio di un “polmone d'acciaio”. *Ms B*, dopo alcuni anni vissuti in

¹⁸ La Corte d'appello aveva rilevato un vizio di costituzionalità in quanto «those in the final stages of terminal illness who are on life support systems are allowed to hasten their deaths by directing the removal of such systems; but those who are similarly situated, except for the previous attachment of life sustaining equipment, are not allowed to hasten death by self administering prescribed drugs».

¹⁹ *Vacco, Attorney General of New York, et al. v. Quill et al.*, 521 U.S. 793 (1997)

²⁰ L'opinione dissenziente del Presidente Lamer della Corte suprema canadese nel citato caso *Rodriguez*, al contrario, prende come essenziale punto di riferimento il principio di eguaglianza.

²¹ Il riferimento citato nel caso *Ms B* [2002] EWHC 429 (Fam) è a *Sidaway v. Board of Governors of the Bethlehem Royal Hospital and the Maudsley Hospital* [1985] A.C. 871.

²² *Airedale NHS Trust v Bland* [1993] AC 789, 864.

²³ Anche per maggiori approfondimenti, si permetta il rinvio a C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, cit., 160 ss.

dipendenza del macchinario, si convinse di non voler continuare a vivere in quelle condizioni e chiese che il ventilatore fosse spento. A fronte della sua richiesta, i medici e i responsabili dell'ospedale che l'aveva in cura revocarono in dubbio la sua capacità di intendere e volere e, invocando la propria posizione di garanzia, rifiutarono di interrompere la ventilazione. Il caso giunse alla *Family Division* della *High Court of Justice* di Londra che confermò come il *common law* disponga una prevalenza del principio di autonomia su quello, pur «*equally fundamental*», riferibile alla *sanctity of life*²⁴. Nel momento in cui un paziente sia capace, quindi, la sua volontà di interrompere un trattamento anche di sostegno vitale deve essere rispettata.

Su queste basi, accertata di persona la piena capacità di Ms B la giudice intimò all'ospedale di rispettarne la volontà oppure di trasferirla in altro istituto dove altri professionisti l'avrebbero potuta rispettare. L'ospedale venne anche condannato ad un risarcimento simbolico di cento sterline per *unlawful trespass* derivante dal non essersi attivato per rispettare il diritto della paziente.

Dopo qualche tempo, Ms B decise di dare esecuzione alle proprie volontà, abbandonando «*peacefully and with dignity*» un'esistenza che ella stessa non aveva più ritenuto degna di essere vissuta²⁵.

A fronte di tale caso, che conferma il diritto al rifiuto anche di trattamenti vitali, se ne può citare uno in materia di assistenza al suicidio: quello di Diane Pretty, affetta da una sindrome neuro-degenerativa del sistema nervoso centrale che non le lasciava alcuna speranza e che l'avrebbe costretta in tempi brevi ad una morte ritenuta «*humiliating and distressing*». Anche la signora Pretty era paralizzata in varie parti del corpo, ma le sue condizioni erano ancora tali da permetterle di inghiottire e respirare autonomamente. Anche Diane Pretty prese a considerare non più dignitoso il suo stato ed in particolare decise di interrompere la sua esistenza prima di giungere in condizioni di forte sofferenza psico-fisica che considerava incompatibili con la propria dignità. Le sue condizioni, peraltro, non le permettevano di commettere “personalmente” suicidio e quindi chiese al *Director of Public Prosecutions* l'impegno di non perseguire il marito dopo che l'avesse aiutata a togliersi la vita. In presenza del *Suicide Act*, il funzionario rifiutò di concedere l'immunità e la donna impugnò la decisione fino alla *House of Lords* che confermò il divieto penale per l'aiuto al suicidio e la legittimità della decisione della pubblica accusa, non rilevando, inoltre, alcuna contraddizione fra il *Suicide Act* e la Cedu²⁶.

Il risultato della vicenda giudiziaria fu che, a differenza di quanto permesso a Ms B, Diane Pretty fu costretta a prolungare le proprie sofferenze e ad affrontare una morte in condizioni ritenute da lei stessa contrarie alla propria dignità.

Sulla base dell'illustrazione di questi due casi, è possibile verificare la tenuta dell'impostazione che distingue in termini così rilevanti l'eutanasia attiva dal diritto al rifiuto, tanto da riservare per la prima la più pesante delle condanne (divieto penale assistito dalla reclusione) e per il secondo la maggiore delle garanzie (un diritto soggettivo pienamente *justiciable* e risarcibile).

Anzitutto, i due casi dimostrano come i tre profili che in termini generali abbiamo visto distinguere l'assistenza al suicidio dal rifiuto (intenzione, risultato, causa) possano giungere talvolta a confondersi. L'intenzione di Ms B e di Diane Pretty, al riguardo, era la medesima e si riferiva, per

²⁴ *Ms B v. An NHS Hospital Trust*, Lloyd's Rep Med 265, deciso il 22 marzo del 2002 dalla giudice Elizabeth Butler Sloss.

²⁵ La citazione si riferisce alle parole della giudice dell'Alta Corte.

²⁶ Si tratta di { *HYPERLINK "http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd011129/pretty-1.htm"* }, UKHL 61, del 29 novembre 2001. Come noto, il Regno Unito ha aderito alla Cedu con lo *Human Rights Act* del 1998.

entrambe, alla volontà di finire la propria esistenza in condizioni ritenute corrispondenti al proprio modo di intendere la dignità. Il risultato delle richieste delle due pazienti era anche lo stesso, e riguardava una morte considerata dignitosa. La causa della morte a seguito della condotta richiesta, invece, rimane distinta: mentre Ms B si è lasciata morire per cause endogene, seppure attraverso un atto di interruzione che potrebbe qualificarsi come omissione mediante azione, Diane Pretty non ha potuto ottenere di essere aiutata a morire a causa della necessità di richiedere un intervento dall'esterno; e questo, però, solo a motivo della diversa patologia sofferta e della differente condizione clinica.

Su queste basi, si è potuto sostenere come i motivi che stanno alla base della distinzione del trattamento giuridico fra l'assistenza al suicidio e il diritto al rifiuto siano chiari in astratto, ma una volta esaminati alla luce di alcuni casi estremi, non riescano sempre a porre solide basi per la distinzione fra una condotta pesantemente punita ed una riconosciuta e protetta.

Vi è un secondo ordine di considerazioni che aggrava i dubbi sulla tenuta della distinzione in esame. Abbiamo visto come i motivi alla base del divieto di omicidio del consenziente e aiuto al suicidio facciano tendenzialmente riferimento all'interesse statale alla preservazione della vita, al ruolo del medico ed ai timori legati alla china scivolosa. Si può quindi chiedersi perché i motivi addotti alla base del divieto dell'eutanasia attiva non rilevino in riferimento al diritto al rifiuto.

Quanto alla percezione sociale del ruolo del medico può dirsi come difficilmente il carattere attivo o omissivo della condotta, in termini di causalità, possa affermare una chiara ed agevole distinzione dei comportamenti messi in atto nelle singole pratiche²⁷. Neppure i motivi legati ai timori della *slippery slope* pare possano giustificarsi in riferimento all'assistenza al suicidio, ma non al rifiuto; anzi. Il rischio che una disciplina sull'eutanasia sia oggetto di abuso è evidentemente reale. In fasi così critiche dell'esistenza possono emergere interessi spregevoli di carattere economico o ereditario, di comodo, di plagio, di tentazione eugenetica, ecc. Ma se tali rischi valgono per l'assistenza al suicidio, perché non dovrebbero valere allo stesso modo per il diritto al rifiuto di un trattamento vitale? In riferimento ai casi citati, piuttosto, verrebbe da pensare che i rischi della china scivolosa siano più evidenti per Ms B, costretta per anni alle dipendenze di un macchinario costoso e complesso, che per Diane Pretty cui rimanevano pochi mesi di vita. Proprio nell'ottica della *slippery slope*, quindi, i pazienti dipendenti da macchinari di sostegno vitale potrebbero essere oggetto di pressioni uguali e forse maggiori rispetto a quelli terminali. Ed anche l'argomento della *sanctity of life* non pare esente da dubbi. Se preservare l'esistenza corrisponde ad un generale e prevalente interesse dello stato, tale da imporre una condanna pesante a chi leda il bene tutelato anche con il consenso dell'avente diritto, perché tale ragione rileva solo per le condotte eutanasiche? Per quale ragione il carattere "sacro" della vita deve valere solo per quanti, gravemente ammalati e sofferenti, richiedono una morte causata "dall'esterno" e non per quanti possono richiederla, e legittimamente ottenerla, spegnendo un macchinario? La vita di Ms B non vale quanto quella di Diane Pretty?

In conclusione sul punto, va in ogni caso registrato come tutte le principali sentenze intervenute negli ordinamenti appartenenti al modello a tendenza impositiva abbiano superato i dubbi qui

²⁷ Su quanto sia sottile, in quest'ottica, la distinzione fra le due fattispecie, rileva la stessa giustificazione della struttura che rifiutò di rispettare la volontà di Ms B di spegnere il macchinario per la respirazione. Nonostante si trattasse di "compiere un atto omissivo" teso a rispettare il diritto della donna, i medici si rifiutarono invocando come causa impeditiva proprio il dovere deontologico di curare.

illustrati, confermando, da un lato, il diritto al rifiuto e, dall'altro, la legittimità costituzionale (e rispetto alla Cedu), senza eccezioni, dei reati di assistenza al suicidio e omicidio del consenziente.

5.3. Gli strumenti della flessibilità: la “bio-equity”

Nonostante la fermezza di tale conferma, o forse proprio a motivo di essa, gli stati appartenenti al modello in parola hanno iniziato a presentare in forma non più isolata una serie di fenomeni che paiono rivolti a superare la rigidità della distinzione descritta. Fra le pieghe degli ordinamenti sono così emersi istituti che sono stati utilizzati al fine di introdurre elementi dinamici di flessibilità sostanziale all'interno di sistemi formalmente statici ed anelastici.

In Inghilterra e Galles, in primo luogo, si registra una recente tendenza del *Director of Public Prosecutions* (DPP) a non procedere contro persone che abbiano aiutato i propri cari gravemente malati a recarsi in Svizzera al fine di accedere alle pratiche, lì legittime, di assistenza al suicidio.

Nel dicembre del 2008, ad esempio, il DPP ha rinunciato a dare inizio alla *prosecution* nei confronti di una coppia inglese che aveva aiutato il proprio figlio, Daniel James, a recarsi presso un centro svizzero dove era stato assistito nel suicidio. Daniel era un ventitreenne giocatore di rugby che, rimasto paralizzato dopo un incidente di gioco, aveva tentato tre volte di suicidarsi ed aveva convinto i suoi genitori ad aiutarlo nel porre fine alla sua vita. Nonostante le prove raccolte, che avrebbero potuto condurre ad una condanna sulla base dei criteri normalmente adottati in applicazione del *Suicide Act*, il DPP decise di non perseguire i signori James. Visto il carattere indipendente del giovane, certamente non influenzato dai genitori che anzi lo imploravano di recedere dai suoi propositi, il semplice accompagnamento in Svizzera non fu considerato rilevante. Nonostante ci fossero fattori legati all'interesse pubblico che andavano nella direzione di un'attivazione del procedimento, il DPP decise che «the factors against prosecution clearly outweigh those in favour. In the circumstances I have concluded that a prosecution is not needed in the public interest»²⁸.

Il caso James non è isolato. Si calcola che oltre un centinaio di persone in Inghilterra e Galles non abbiano subito alcuna *prosecution*, ma siano state solo interrogate informalmente, pur a fronte di prove che indicavano l'accompagnamento di loro cari in Svizzera al fine di compiere suicidio assistito. A fronte di tali dati, Debbie Purdy ha chiesto prima al DPP e poi in sede giurisdizionale che si chiarissero l'applicazione concreta, le eventuali eccezioni ed i limiti della legge che vieta il suicidio assistito. Debbie Purdy è una donna affetta da sclerosi multipla progressiva che, avendo deciso di recarsi in Svizzera per potere terminare la propria esistenza, desidera essere sicura che il marito, che la accompagnerà, non correrà il rischio di essere poi incriminato e condannato. Nonostante la riconosciuta tendenza a non sottoporre più a procedimento tali condotte, la Corte d'Appello di Londra (*Civil Division*) ha emesso nel febbraio del 2009 una decisione che, richiamando quanto sostenuto nel caso di Diane Pretty, conferma l'impossibilità per il DPP di modificare o disapplicare il *Suicide Act*, riconoscendo al contempo il margine di discrezionalità sia della Corte stessa che del DPP nel valutare le cause di imputazione alla luce degli interessi pubblici

²⁸ La sezione 2 del *Suicide Act* richiede l'assenso del DPP ai fini di aprire il procedimento di incriminazione: «no proceedings shall be instituted for an offence under this section except by or with the consent of the Director of Public Prosecutions». In termini generali, giova richiamare la natura non obbligatoria dell'esercizio dell'azione penale nell'ordinamento in esame. La decisione e le relative motivazioni del DPP sono riportate in { [HYPERLINK "http://www.cps.gov.uk/news/articles/death_by_suicide_of_daniel_james/"](http://www.cps.gov.uk/news/articles/death_by_suicide_of_daniel_james/) }.

prevalenti: «even if a defendant were to be convicted, but the circumstances were such that in the judgment of the court, no penal sanction would be appropriate, the court, exercising its own sentencing responsibilities would order that the offender should be discharged»²⁹.

A fronte di tale vicenda, va da ultimo segnalato come la *House of Lords* abbia recentemente rigettato la proposta di modificare il *Suicide Act*. L'8 luglio 2009, infatti, è stato bocciato il disegno di legge che avrebbe reso non punibile la condotta di chi avesse aiutato a recarsi in Svizzera per fini legati all'assistenza al suicidio persone che avessero documentato la propria volontà e per cui due dottori avessero accertato la capacità mentale e lo stato terminale.

In questi termini, Inghilterra e Galles si muovono verso una tendenziale impunità di alcune condotte di *abetting suicide*; impunità che però non è prevista in termini generali e astratti, ma deve sempre essere verificata *ex post* ed alla luce delle specificità dei casi concreti.

Oltre alla *prosecutorial discretion*, un secondo istituto presente in vari ordinamenti è non solo occasionalmente utilizzato per superare le rigidità tipiche del modello a tendenza impositiva: la causa di forza irresistibile o di forza maggiore.

La Francia riconosce un diritto ampio al rifiuto: la Corte di Cassazione lo ha ricondotto al rispetto della persona e della sua dignità e la legge Leonetti del 2005, di modifica al *code de la santé publique*, lo ha codificato in termini generali³⁰. Nonostante ciò, alcune prese di posizione dell'ordine nazionale dei medici oltre che alcune pronunce del Consiglio di Stato paiono averne limitato la portata, tanto da far pensare ad una sorta di "*cohabitation bioéthique*"³¹. D'altro canto, anche in Francia, il codice penale punisce l'omicidio del consenziente, mentre è previsto un reato per l'incitamento, e non la generica assistenza, al suicidio³².

A fronte di tale quadro normativo, alcuni casi recenti si inseriscono nella dinamica qui in esame, forzando il formante codicistico verso soluzioni più flessibili.

Vincent Humbert divenne tetraplegico, muto e cieco a seguito di un incidente stradale. Dopo qualche tempo, fu messo nelle condizioni di scrivere un libro (*Je vous demande le droit de mourir*) con cui chiese pubblicamente al Presidente della Repubblica Jacques Chirac di essere aiutato a terminare la propria esistenza. A seguito del prevedibile rifiuto del Presidente, nel 2003, la madre di Vincent tentò di uccidere il figlio utilizzando una dose massiccia di barbiturici, che però ebbe l'effetto di farlo cadere in un coma profondo. Trasportato in rianimazione, il responsabile del reparto, dott. Chaussoy, decise di iniettarli un sedativo e di praticare una iniezione letale di cloruro di potassio. Nel 2006, un anno dopo l'adozione della legge Leonetti che pure confermava il divieto dell'omicidio del consenziente, la giudice per le indagini preliminari, sentito il parere della pubblica accusa, emise un'ordinanza di non luogo a procedere nei confronti sia della madre che del medico. Gli imputati furono ritenuti non penalmente responsabili in quanto la loro azione, ai sensi dell'art. 122-2 del codice penale, sarebbe stata dettata da una forza o da una costrizione alla quale non

²⁹ Ma allo stesso modo, «[I]f this Court the DPP cannot dispense with or suspend the operation of section 2(1) of the 1961 Act, and he cannot promulgate a case-specific policy in the kind of certain terms sought by Ms Purdy which would, in effect, recognise exceptional defences to this offence which Parliament has not chosen to enact». Il caso è *The Queen (on the application of Debbie Purdy) and DPP and Omar Puente*, EWCA Civ 92, del 19 febbraio 2009.

³⁰ L'art. L1111-4 prevede: «[a]ucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment».

³¹ Si veda S. HENNETTE-VAUCHEZ, *France*, in J. GRIFFITHS, H. WEYERS, M. ADAMS, *Euthanasia and Law in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2008, 371 ss.

³² L'art. 223-13 dispone: «[I]l fait de provoquer au suicide d'autrui est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende lorsque la provocation a été suivie du suicide ou d'une tentative de suicide».

avrebbero potuto resistere: «[n]’est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l’empire d’une force ou d’une contrainte à laquelle elle n’a pu résister». In questi termini, gli imputati sono stati assolti in quanto spinti ad uccidere Vincent dalla necessità di rispettarne la volontà e la dignità, oltre che indotti dalla pressione mediatica seguita al rilievo pubblico assunto dal caso³³.

Altri istituti del codice penale, lo stato di necessità o l’aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale ad esempio, sono variamente utilizzati al fine di escludere o mitigare la responsabilità di persone che abbiano tenuto condotte rivolte all’assistenza al suicidio o all’omicidio del consenziente. In alcuni casi, inoltre, sono le fattispecie ad essere piegate per ragioni “compassionevoli”: un’iniezione (letale) di cloruro di potassio viene ricostruita solo in termini di tentato omicidio oppure non si ritiene provata l’esistenza in vita del malato su cui si è esercitato l’atto eutanasi³⁴.

Un terzo profilo di flessibilità emerso negli ordinamenti in esame può ricondursi alla cd. dottrina del doppio effetto. Nella sua configurazione tipica, tale principio detta che, nel momento in cui un malato terminale o gravissimo sia affetto da dolore insopportabile, tale da imporre l’impiego di dosi di sedativo che comportano il rischio di anticiparne la morte, il decesso non potrà essere ricondotto alla responsabilità del medico, ma a cause ritenute naturali. In Francia, così, nel quadro di una tutela della dignità del malato terminale, è lo stesso codice di sanità pubblica a prevedere al riguardo un obbligo di informazione del particolare effetto collaterale del trattamento: «Si le médecin constate qu’il ne peut soulager la souffrance d’une personne, en phase avancée ou terminale d’une affection grave et incurable, quelle qu’en soit la cause, qu’en lui appliquant un traitement qui peut avoir pour effet secondaire d’abrèger sa vie, il doit en informer le malade (...), la personne de confiance (...), la famille ou, à défaut, un des proches. La procédure suivie est inscrite dans le dossier médical»³⁵.

Il problema costituito da tale condotta ha a che fare con la causa della morte la quale, come nell’assistenza al suicidio e nell’omicidio del consenziente, può non essere costituita dalla malattia che fa il suo corso ma da un agente esterno (la dose di sedativo). L’elemento che esclude la responsabilità penale del medico, quindi, è l’intenzione non di uccidere il malato, ma di palliare il dolore, anche nella previsione dell’anticipazione della morte: una volontà compassionevole che però, nei casi tipici di *mercy killing*, non basta a giustificare la condotta³⁶.

Nonostante tale profilo problematico, la previsione dell’accelerazione della morte quale mero effetto secondario è posta in tutti gli ordinamenti, in maniera più o meno consapevole, alla base della giustificazione della condotta illustrata. Già in un caso inglese del 1957, ripreso poi nel caso *Cox* del 1992, si sostenne come: «if a doctor genuinely believes that a certain course is beneficial to his patient either therapeutically or analgesically, then even though he recognizes that that course carries with it a risk to life, he is fully entitled, nonetheless, to pursue it. If in these circumstances

³³ La forza maggiore e lo stato di necessità sono stati applicati, fra l’altro, in Olanda come esimente della condotta rivolta all’omicidio del consenziente dagli anni ’70 fino al 2002, anno della legge intervenuta in materia di fine vita.

³⁴ Altri riferimenti in C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, cit., 112 ss.

³⁵ Art. L1110-5, ultimo comma.

³⁶ Nella *Stanford Encyclopedia of Philosophy* presente on line ({ HYPERLINK "http://plato.stanford.edu" }), al riguardo, si dice: «A doctor who intends to hasten the death of a terminally ill patient by injecting a large dose of morphine would act impermissibly because he intends to bring about the patient’s death. However, a doctor who intended to relieve the patient’s pain with that same dose and merely foresaw the hastening of the patient’s death would act permissibly».

the patient dies, nobody could possibly suggest that in that situation the doctor was guilty of murder or attempted murder»³⁷.

In questa breve rassegna degli istituti e delle dinamiche che tendono ad introdurre all'interno delle rigidità del modello a tendenza impositiva elementi di flessibilità, si può, infine, accennare al fenomeno della *jury nullification*. Con tale formula si intende un fenomeno risalente che nasce in ambito anglosassone per permettere alle giurie di ritenere non colpevoli soggetti che invece risultano in sede processuale pienamente responsabili dei fatti loro ascritti. In questi casi, muta il criterio di giudizio, in quanto la coscienza o un sentimento di equità o giustizia sostanziale condiviso dalla giuria si pone come parametro prevalente nella risoluzione del caso, in grado di superare prove decisive o regole processuali che condurrebbero invece ad un esito opposto. Sulla base di questa struttura, la *jury nullification* ha rivestito un ruolo importante e controverso nel permettere a giurie composte da persone non di colore di non condannare, ad esempio, bianchi che si erano macchiati di crimini contro afro-americani, o a giurie "comprehensive" di prosciogliere chi violava le leggi proibizioniste degli anni '30 per il controllo dell'alcool. Nell'ambito riconducibile all'eutanasia, è stata utilizzata, fra l'altro, per prosciogliere il dott. Jack Kevorkian in una serie di processi, precedenti a quello che lo ha visto infine condannato, relativi alla pure evidente violazione delle leggi del Michigan in materia di assistenza al suicidio³⁸.

Considerato in termini complessivi, il fenomeno descritto pare emergere all'interno del modello a tendenza impositiva con una certa, non più occasionale, frequenza; quasi a far sorgere il quesito relativo alla configurabilità di una certa flessibilità (sostanziale) quale requisito necessario alla legittimazione, se non proprio alla legittimità, di un sistema giuridico altrimenti (formalmente) assai rigido. Pare insomma emergere un quadro d'insieme in cui ordinamenti tanto di *civil law* quanto di *common law* sono accomunati dall'esigenza di superare fonti del diritto che paiono ai giudici, alle giurie, alla stessa pubblica accusa troppo rigide ed incapaci di trattare con proporzione ed equità le caratteristiche specifiche di una serie di casi che sempre più frequentemente emergono anche nell'ambito del fine-vita.

Tale situazione richiama quanto avvenuto nel diritto anglosassone in riferimento all'origine dell'*equity*. Visto l'irrigidimento del contenuto e del numero dei rimedi di *common law*, testimoniato dall'inserimento dei *writs* nelle *Provisions of Oxford* del 1258, i cittadini insoddisfatti iniziarono con sempre maggiore frequenza a chiedere giustizia al Cancelliere del Re (il *Lord Chancellor*). Tale figura prese ad amministrare quella che la sua conoscenza del diritto canonico e della dottrina della Chiesa gli faceva percepire come *aequitas* giungendo anche a sovvertire le decisioni di *common law*. Si sviluppò così presso la Cancelleria una *court of conscience*, che venne a regolare secondo equità ed alla luce delle rispettive specificità i casi proposti; casi che le nuove esigenze o le nuove realtà presentavano con sempre maggior frequenza e che proponevano nuovi *equitable interests* che non trovavano una soluzione ritenuta soddisfacente sulla base del *common law*.

³⁷ Si tratta del caso *R. v. Adams*, Crim. LR 365, del 1957, ripreso poi in *R. v. Cox*, 12 BMLR 338, 41 del 1992. La differenza con l'omicidio del consenziente è pure sottolineata da Lord Mustill nel cit. caso *Airedale NHS Trust v. Bland*: «that "mercy killing" by active means is murder (...) has never so far as I know been doubted. The fact that the doctor's motives are kindly will for some, although not for all, transform the moral quality of his act, but this makes no difference in law. It is intent to kill or cause grievous bodily harm which constitutes the mens rea of murder, and the reason why the intent was formed makes no difference at all».

³⁸ M BATTIN, R. RHODES, A. SILVERS (Eds), *Physician Assisted Suicide: Expanding the Debate*, New York, Rutledge, 1998.

Senza sottovalutare le distanze fra i due fenomeni, pare oggi emergere qualcosa di simile: i casi illustrati portano infatti a rilevare l'affioramento di una fonte materiale, di natura anche *extra ordinem*, che potremmo chiamare *bio-equity* che tenta di rimediare alla rigidità ed alla percepita ingiustizia del formante codicistico e legislativo attraverso il riferimento alla dimensione equitativa. A differenza di quanto avvenuto nel XIII secolo, peraltro, va rilevato come tali operazioni che potremmo definire “più-che-interpretative” se, da un lato, avvicinano il diritto alle particolari esigenze dei casi concreti, pongono, dall'altro, problemi di certezza e di parità di trattamento oltre che, negli ordinamenti di *civil law*, di legittimazione complessiva di giudici la cui formazione e selezione è ancora in larga parte dettata da una prevalente considerazione in termini burocratico-applicativi.

6. Il modello a tendenza permissiva

Come anticipato, il *modello a tendenza permissiva* consente all'individuo una maggiore autodeterminazione rispetto a quello a tendenza impositiva, senza giungere, peraltro, al riconoscimento di un diritto assoluto alla gestione del fine-vita. Accanto ad un affievolimento dell'interesse statale alla preservazione della vita in termini generali, caratteristica degli ordinamenti appartenenti alla categoria in parola è quella di considerare maggiormente la volontà della persona, nella specificità dei suoi convincimenti e nella concretezza della sua situazione clinica, disponendo, a determinate condizioni, la non punibilità dell'assistenza al suicidio (prima tipologia: Svizzera, stati di Oregon, Washington e forse Montana) o anche dell'omicidio del consenziente (seconda tipologia: Olanda, Belgio, Lussemburgo e forse Colombia).

Tipicamente, si richiede il soddisfacimento di una serie di requisiti di carattere sia sostanziale che procedurale. Deve trattarsi, nella maggior parte dei casi, di un gravissimo quadro clinico (una malattia incurabile o allo stadio terminale, la presenza di sofferenze fisiche e mentali non più sopportabili, l'inefficacia di trattamenti alternativi o di cure palliative) e di una richiesta autentica e pienamente consapevole (fatta da persona capace o in presenza di volontà anticipate o del fiduciario con un possibile intervento dirimente del giudice; preceduta da un processo comunicativo completo che porti ad una scelta informata e ripetuta, in assenza di stati depressivi; con l'intervento di altri medici che confermino il rispetto dei requisiti). Sono poi previsti altri elementi di cautela di carattere procedurale o contenutistico: il rispetto scrupoloso dei criteri di accuratezza e di buona pratica clinica nello svolgimento dell'atto, l'assenza di profitto economico da parte delle persone coinvolte, la possibilità da parte di qualsiasi professionista di fare obiezione di coscienza, il controllo del rispetto delle condizioni da parte di commissioni tecniche o della pubblica accusa.

In una versione più moderata, tale modello consente agli individui capaci di ottenere una prescrizione relativa a farmaci da utilizzare a scopo di suicidio.

In Oregon, il *Death with Dignity Act* (in vigore dal 1997) riconosce la possibilità di suicidarsi attraverso la somministrazione di farmaci letali, prescritti a tale scopo da un medico. In particolare, la legge, approvata in un referendum del 1994 dal 51.3% degli elettori dello stato e sopravvissuta ad una serie di contenziosi sollevati dall'amministrazione federale³⁹, permette che i residenti dello

³⁹ A partire dal 2001, prima John Ashcroft e poi Alberto Gonzales (che si succedettero nell'incarico di *attorney general*) tentarono di bloccare l'efficacia della legge, emanando un regolamento interpretativo del *Federal Controlled Substances Act* (CSA) teso a negare all'aiuto al suicidio ogni *legitimate medical purpose* e quindi a portare alla revoca della licenza di prescrivere farmaci (sottoposti a controllo federale) di ogni medico che vi avesse dato applicazione. La pronuncia della Corte Suprema *Gonzales v. Oregon* (546 US 243 del 2006) mise fine al contenzioso riconoscendo le

stato, maggiorenni e capaci di esprimere le proprie volontà, affetti da una malattia incurabile per cui sia prevista la morte nell'arco di sei mesi ma per cui non sia diagnosticato uno stato depressivo possano suicidarsi attraverso una dose letale di farmaci prescritta o dispensata da un medico⁴⁰. In capo al professionista, la legge pone l'obbligo di dare al malato una compiuta informazione su diagnosi e prognosi, sulle alternative possibili, fra cui le cure palliative, sul risultato previsto e sui rischi dell'assunzione⁴¹. Si prevede una richiesta scritta, reiterata nel tempo⁴², confermata da due testimoni uno dei quali non parente né possibile erede del malato, oltre che l'intervento di un secondo medico. E, a sottolineare il necessario rispetto delle condizioni della legge, è previsto che nulla in essa possa essere interpretato «to authorize a physician or any other person to end a patient's life by lethal injection, mercy killing or active euthanasia» e che il mancato rispetto delle sue condizioni configuri un reato fra i più gravi («class A felony»). È escluso, infine, che la morte per suicidio possa in qualche modo condizionare o avere effetto su contratti o assicurazioni (anche sulla vita) stipulate dalla persona⁴³.

ragioni dell'Oregon: «The CSA does not allow the Attorney General to prohibit doctors from prescribing regulated drugs for use in physician-assisted suicide under state law permitting the procedure».

⁴⁰ In riferimento allo stato depressivo, la sezione 127.825 s.3.03 dispone che «[n]o medication to end a patient's life in a humane and dignified manner shall be prescribed until the person performing the counseling determines that the patient is not suffering from a psychiatric or psychological disorder or depression causing impaired judgment».

⁴¹ 127.815 s.3.01. Attending physician responsibilities.

(1) The attending physician shall:

- (a) Make the initial determination of whether a patient has a terminal disease, is capable, and has made the request voluntarily;
- (b) Request that the patient demonstrate Oregon residency pursuant to ORS 127.860;
- (c) To ensure that the patient is making an informed decision, inform the patient of:
 - (A) His or her medical diagnosis;
 - (B) His or her prognosis;
 - (C) The potential risks associated with taking the medication to be prescribed;
 - (D) The probable result of taking the medication to be prescribed; and
 - (E) The feasible alternatives, including, but not limited to, comfort care, hospice care and pain control;
- (d) Refer the patient to a consulting physician for medical confirmation of the diagnosis, and for a determination that the patient is capable and acting voluntarily;
- (e) Refer the patient for counseling if appropriate pursuant to ORS 127.825;
- (f) Recommend that the patient notify next of kin;
- (g) Counsel the patient about the importance of having another person present when the patient takes the medication prescribed pursuant to ORS 127.800 to 127.897 and of not taking the medication in a public place;
- (h) Inform the patient that he or she has an opportunity to rescind the request at any time and in any manner, and offer the patient an opportunity to rescind at the end of the 15 day waiting period pursuant to ORS 127.840;
- (i) Verify, immediately prior to writing the prescription for medication under ORS 127.800 to 127.897, that the patient is making an informed decision;
- (j) Fulfill the medical record documentation requirements of ORS 127.855;
- (k) Ensure that all appropriate steps are carried out in accordance with ORS 127.800 to 127.897 prior to writing a prescription for medication to enable a qualified patient to end his or her life in a humane and dignified manner (...).

⁴² 127.850 s.3.08. Waiting periods.

No less than fifteen (15) days shall elapse between the patient's initial oral request and the writing of a prescription (...). No less than 48 hours shall elapse between the patient's written request and the writing of a prescription (...).

⁴³ 127.875 s.3.13. Insurance or annuity policies.

The sale, procurement, or issuance of any life, health, or accident insurance or annuity policy or the rate charged for any policy shall not be conditioned upon or affected by the making or rescinding of a request, by a person, for medication to end his or her life in a humane and dignified manner. Neither shall a qualified patient's act of ingesting medication to end his or her life in a humane and dignified manner have an effect upon a life, health, or accident insurance or annuity policy.

Anche nello stato di Washington, il 58% dei votanti ha approvato nel novembre 2008 la cd. *Initiative 1000 (The Washington Death with Dignity Act)* che, nella sintesi ufficiale utilizzata nella votazione, «permit[s] { [HYPERLINK "http://en.wikipedia.org/wiki/Terminally_ill"](http://en.wikipedia.org/wiki/Terminally_ill) \o "Terminally ill" }, { [HYPERLINK "http://en.wikipedia.org/wiki/Competence_%28law%29"](http://en.wikipedia.org/wiki/Competence_%28law%29) \o "Competence (law)" }, adult Washington residents medically predicted to die within six months to request and self-administer lethal medication prescribed by a physician. The measure requires two oral and one written request, two physicians to diagnose the patient and determine the patient is competent, a waiting period, and physician verification of an informed patient decision. Physicians, patients and others acting in good faith compliance would have criminal and civil immunity».

Inoltre, se la Corte Suprema statale del Montana confermerà una decisione presa a livello inferiore il 6 dicembre 2008, si potrà aggiungere come «Montana constitutional rights of individual privacy and human dignity, taken together, encompass the right of a competent terminally [ill] patient to die with dignity»⁴⁴.

La Svizzera rappresenta un altro ordinamento in cui è permessa, a determinate condizioni, l'assistenza al suicidio. Il codice penale è peraltro particolarmente permissivo: «Chiunque per motivi egoistici istiga qualcuno al suicidio o gli presta aiuto è punito, se il suicidio è stato consumato o tentato, con una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria» (art. 115, immutato dal 1942). Avendo le corti interpretato il carattere egoistico in termini di profitto di natura pecuniaria, la Svizzera si ritrova ad essere, forse, lo stato più liberale al mondo in materia di assistenza al suicidio⁴⁵.

A fronte dell'ampiezza della fonte codicistica, pure, l'Accademia svizzera delle scienze mediche ha introdotto a partire dagli anni '60 una serie di linee guida tese a restringere la portata della non punibilità dell'assistenza al suicidio. In termini generali, l'Accademia sconsiglia il personale medico di partecipare ad attività del genere, considerate estranee a tale ambito professionale. Nel momento in cui, in coscienza, il dottore decida nondimeno per l'assistenza, tipicamente attraverso la prescrizione di sodio pentobarbital, si rimette alla sua responsabilità accertare il carattere terminale della malattia, la preventiva discussione e attuazione delle possibili alternative, la capacità del paziente ed il carattere consapevole, volontario e reiterato della richiesta⁴⁶. In modo simile, le principali associazioni che, senza fini di lucro, permettono anche agli stranieri di avvalersi dell'assistenza al suicidio, come Dignitas, si sono date alcune regole di condotta che prevedono, oltre alla verifica di una richiesta volontaria e pienamente consapevole, l'esistenza di un quadro

⁴⁴ La citazione riprende le parole della giudice Dorothy McCarter in *Baxter v. State of Montana* del 7 dicembre 2008. Anche in questo caso si tratta di una richiesta di aiuto al suicidio.

⁴⁵ Anche in materia di omicidio pietoso, il codice penale svizzero, in questo caso a seguito di una modifica entrata in vigore nel gennaio 2007, è particolarmente clemente: «Chiunque, per motivi onorevoli, segnatamente per pietà, cagiona la morte di una persona a sua seria e insistente richiesta, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria» (art. 114).

⁴⁶ Le linee guida del 2004 dedicate a *Prise en charge des patientes et patients en fin de vie*, dispongono: «[L]e médecin a, dans tous les cas, le droit de refuser d'apporter une aide au suicide. Si toutefois, dans des situations exceptionnelles, il accepte d'apporter une aide au suicide à un patient, il lui incombe la responsabilité de vérifier si les exigences minimales suivantes sont réunies:

- La maladie dont souffre le patient permet de considérer que la fin de la vie est proche.
- Des alternatives de traitements ont été proposées et, si souhaitées par le patient, mises en oeuvre.
- Le patient est capable de discernement. Son désir de mourir est mûrement réfléchi, il ne résulte pas d'une pression extérieure et il est persistant. Cela doit avoir été vérifié par une tierce personne, qui ne doit pas nécessairement être médecin.

Le dernier geste du processus conduisant à la mort doit dans tous les cas être accompli par le patient lui-même».

clinico gravemente compromesso. Al riguardo, tuttavia, non mancano le polemiche legate, ad esempio, al grado ed alla natura (fisica o psichica) della sofferenza e ad accuse di proselitismo rivolte ad associazioni come Exit.

In termini complessivi, i dati disponibili riportano circa 300 morti all'anno a seguito dell'attivazione delle procedure di assistenza al suicidio, che corrispondono allo 0.3-0.4% delle morti totali; dei 300 decessi, circa un sesto sono di stranieri⁴⁷.

Da notare, per finire sul punto, come l'ordinamento svizzero presenti un curioso rovesciamento delle caratteristiche e dei ruoli dei formanti intervenuti in materia. Il codice penale, tipicamente più rigido e bisognoso di interventi di "ammorbidente" (*hard law* a tutti gli effetti), è in questo ordinamento assai tollerante, tanto da aver bisogno di un complemento esterno (di per sé riconducibile al *soft law*) che ne limiti la portata e ne "inasprisca" i requisiti.

Una seconda versione più estrema del modello a tendenza permissiva consente, oltre all'aiuto al suicidio, anche l'omicidio del consenziente. In Olanda, oltre ad un diritto al rifiuto riconosciuto su basi costituzionali⁴⁸, una legge del 2001 in vigore dall'aprile 2002 (*Termination of Life on Request and Assisted Suicide Act*) prevede la non punibilità per il medico che pratici, nel rispetto di una serie di condizioni specificate, l'assistenza al suicidio o, appunto, l'omicidio del consenziente.

Tale legge è stata approvata a seguito di un percorso lungo, complesso e sostanzialmente condiviso, il quale ha visto l'intervento ed il contributo della magistratura, del governo, di commissioni statali di studio, degli organi di deontologia medica (la *Royal Dutch Medical Association*) e del parlamento; il tutto affiancato dal coinvolgimento dell'opinione pubblica attraverso l'attenzione dedicata al tema dai mezzi di comunicazione di massa. Dopo una serie di sentenze che condannarono imputati di omicidio del consenziente a pene meramente simboliche (caso *Postma* del 1973, fra i primi) si attivò un dialogo fra la magistratura giudicante, la pubblica accusa e la *Royal Dutch Medical Association*, i cui risultati vennero poi fatti oggetto di studio da parte di comitati *ad hoc* ed infine recepiti nella legge del 2001⁴⁹.

Nemmeno tale provvedimento riconosce un diritto soggettivo e generale alla propria morte. In linea con il principio di forza maggiore che è stato applicato come esimente della condotta eutanasi dagli anni '70 fino al 2002, esso rende non punibile il medico che abbia praticato l'eutanasi alle condizioni previste. La tecnica adottata, quindi, è diretta ad intervenire sul codice penale e sulla

⁴⁷ G. BOSSHARD, *Switzerland*, in J. GRIFFITHS, H. WEYERS, M. ADAMS, *Euthanasia and Law in Europe*, cit., 463 ss.

⁴⁸ Il riferimento è andato all'art. 11 della Costituzione in tema di diritto alla inviolabilità della persona: « Everyone shall have the right to inviolability of his person, without prejudice to restrictions laid down by or pursuant to Act of Parliament ». L'art. 450 della *Law on Contracts for Medical Care* riconosce il principio del consenso in termini ampi.

⁴⁹ Negli anni '70 il *Committee of Prosecutors-General*, con l'accordo del Ministero della Giustizia, decise di accentrare su di sé tutti i casi di eutanasi ed adottò una policy che tendeva a escludere la *prosecution* nei casi in cui vi fosse una richiesta volontaria e ben ponderata, in presenza di uno stato di sofferenza considerato insopportabile e di una malattia inguaribile, con l'intervento di un medico e la consulenza di un professionista terzo. Tale *policy* incontrò il favore della *Royal Dutch Medical Association*. Su queste basi, una serie di casi di assistenza al suicidio e di omicidio del consenziente videro prosciolti gli imputati sulla base dello stato di necessità. Gli anni '80 videro una *State Commission on Euthanasia* nominata dal Parlamento condividere la scelta della non punibilità sulla base dei requisiti indicati e nel 1998 i Comitati regionali di controllo (formati da un giurista, un medico ed un eticista) presero a sostituire il *Committee of Prosecutors-General* nel controllo del rispetto dei requisiti indicati. A seguito di un'elezione politica in cui la maggioranza eletta si era espressa a favore dell'introduzione di una legge in materia, venne infine approvato il *Termination of Life on Request and Assisted Suicide Act*, entrato in vigore nell'aprile del 2002. Fra gli altri, cfr. { HYPERLINK "HTTP://WWW.PRESS.UCHICAGO.EDU/PRESSSITE/AUTHOR.EPL?FULLAUTHOR=JOHN%20GRIFFITHS" }, { HYPERLINK "HTTP://WWW.PRESS.UCHICAGO.EDU/PRESSSITE/AUTHOR.EPL?FULLAUTHOR=HELEEN%20WEYERS" }, { HYPERLINK "HTTP://WWW.PRESS.UCHICAGO.EDU/PRESSSITE/AUTHOR.EPL?FULLAUTHOR=ALEX%20BLOOD" }, *Euthanasia and Law in the Netherlands*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 1998, 43 ss.

legge in materia di trattamento dei cadaveri, adottando un criterio di esclusione della pena per i medici che, in osservanza dei criteri stabiliti, cagionino o assistano l'interruzione volontaria della vita di un paziente. Le cautele e le procedure previste sono tese a circoscrivere l'esclusione della responsabilità del medico ai casi in cui sia provata l'autenticità della richiesta, di fronte ad una malattia incurabile (ma non necessariamente in fase terminale) che provochi sofferenze ritenute dal malato insopportabili. In particolare, il primo comma dell'articolo 2 della legge condiziona la non punibilità al fatto che il medico:

- «a. abbia la piena convinzione che la richiesta del paziente è spontanea e ben ponderata;
- b. abbia la piena convinzione che le sofferenze del paziente sono insopportabili e senza prospettiva di miglioramento;
- c. abbia informato il paziente sulla sua situazione clinica e sulle sue prospettive;
- d. sia giunto a convinzione, assieme al paziente, dell'inesistenza di una ragionevole alternativa circa la sua situazione;
- e. abbia consultato almeno un altro medico indipendente, il quale abbia visitato il paziente e abbia dato il suo parere scritto sul rispetto dei criteri di accuratezza dovuti in riferimento alle sezioni dalla a) fino alla d);
- f. abbia posto fine alla vita o assistito il suicidio in modo appropriato dal punto di vista medico»⁵⁰.

Una verifica del rispetto di tali criteri di accuratezza (*due care criteria*) è svolta dalle Commissioni regionali di controllo per l'interruzione volontaria della vita e per l'aiuto al suicidio. I componenti di tali organi, nominati dai ministri della giustizia e della salute pubblica, hanno il compito di esaminare i documenti obbligatoriamente redatti in occasione delle pratiche eutanasiche e, nel caso di mancato rispetto dei criteri dell'articolo 2, di inviare gli atti al pubblico ministero che potrà richiedere una condanna del medico fino ad un massimo di dodici anni di reclusione (art. 293 del codice penale).

Una particolarità della legge olandese riguarda la possibilità anche per i minori fra i 16 e i 18 anni e per quelli fra i 12 e i 16 di richiedere, con il coinvolgimento e rispettivamente un parere obbligatorio e vincolante dei genitori o di chi esercita la potestà genitoriale e sempre in presenza di un livello di sofferenza considerato insopportabile e senza speranza di miglioramento, un intervento di eutanasia. In presenza di prognosi infausta e dolore insopportabile e non eliminabile, anche i neonati possono essere soggetti, oltre che all'interruzione di trattamenti di sostegno vitale, all'eutanasia, pratica sottoposta al controllo di un Comitato di esperti insediato nel 2007⁵¹.

Tale legge è stata ed è – come noto – oggetto di pesanti critiche basate, oltre che sul principio di indisponibilità del bene vita o sulle insufficienti cautele poste a garanzia di una volontà davvero autentica e consapevole, sul rischio che anche la sola possibilità di accedere all'eutanasia forzi chi ne ha i requisiti a farvi concretamente richiesta. Al riguardo, i dati disponibili dimostrano come

⁵⁰ Vista la complessità e la delicatezza delle operazioni da compiere, sono previsti percorsi specifici di formazione per i medici più direttamente coinvolti nelle pratiche di eutanasia.

⁵¹ L'associazione olandese pediatrica ha indicato tre situazioni in cui l'eutanasia può essere considerata in neonatologia: «(a) as a result of life-prolonging treatment that is no longer necessary, the child has survived, but in a condition that, if it had been foreseen at the beginning, would have led to withholding life-prolonging treatment
(b) withdrawing life-prolonging treatment has not resulted in the quick death of the child and has left it in a situation of unacceptable suffering
(c) independently of any life-prolonging treatment the baby has serious defects that are consistent with life but not with a 'liveable life'».

In generale cfr. E. VERHAGEN, P.J.J. SAUER, *The Groningen Protocol. Euthanasia in Severely Ill Newborns*, in *The New England Journal of Medicine*, 2005 (10), 352, 959.

rispetto al totale delle domande fatte in termini generali (con cui il paziente chiede una disponibilità al medico di praticare l'eutanasia se e quando lo deciderà), un terzo venga poi confermato in termini precisi e concreti; e come rispetto a queste richieste specifiche, un ulteriore terzo venga poi effettivamente eseguito⁵². In termini generali, inoltre, si assiste ad un picco di morti per eutanasia negli anni 1999 e 2000, con un successivo lieve abbassamento ed una relativa stabilizzazione, attorno alle 1900 morti all'anno, a seguito dell'entrata in vigore della legge⁵³.

Nel 2002, anche il Belgio ha incluso nel proprio diritto penale una clausola di esclusione della responsabilità del medico che pratici l'omicidio del consenziente secondo i criteri e le procedure specificati (*Act on Euthanasia* del 28 maggio). Nonostante la legge belga non sia stata anticipata da un percorso di preparazione culturale e giuridica intenso e condiviso quanto quello olandese (le associazioni mediche, ad esempio, non hanno mai pienamente condiviso l'iniziativa) il provvedimento pare generalmente accettato dalla cittadinanza. Le linee generali del provvedimento, le condizioni e i requisiti disposti seguono quelli della legge olandese, con alcune differenze fra cui il mancato riferimento espresso all'aiuto al suicidio, comunque considerato in via analogica, e l'esclusione dei minorenni non emancipati fra la categoria di soggetti che possono scegliere l'eutanasia⁵⁴.

Anche la Colombia, forse, può ricomprendersi all'interno del modello a tendenza permissiva. L'incertezza, peraltro, riguarda il fatto che la non punibilità di medici che aiutino un paziente inguaribile ad interrompere su sua richiesta un'esistenza non più ritenuta dignitosa è stato ottenuto non con un provvedimento legislativo, come in Oregon e Washington, ma a seguito di una sentenza della Corte costituzionale del 1997 che potremmo qualificare interpretativa di rigetto⁵⁵. La Corte, in particolare, afferma come l'articolo 326 del codice penale colombiano, che prevede la condanna da sei mesi a tre anni di reclusione per l'omicidio pietoso del consenziente, debba intendersi «con la advertencia de que en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada».

Tale dispositivo si fonda su una motivazione fortemente ispirata ai principi liberale e personalista fatti propri dalla Costituzione colombiana. Fra i passaggi più efficaci della pronuncia, si può leggere come «la Constitución se inspira en la consideración de la persona como un sujeto moral, capaz de asumir en forma responsable y autónoma las decisiones sobre los asuntos que en primer término a él incumben, debiendo el Estado limitarse a imponerle deberes, en principio, en función de los otros sujetos morales con quienes está avocado a convivir, y por tanto, si la manera en que los individuos ven la muerte refleja sus propias convicciones, ellos no pueden ser forzados a continuar viviendo cuando, por las circunstancias extremas en que se encuentran, no lo estiman deseable ni compatible con su propia dignidad, con el argumento inadmisibile de que una mayoría lo juzga un imperativo religioso o moral». Su queste basi, la Corte, che ha negli anni assunto un ruolo non marginale nelle

⁵² Nel 2005, ad esempio, sono state stimate oltre 28.000 richieste generali, 8.400 richieste specifiche, con la morte di circa 2.000 malati. Alcuni dati della ricerca, peraltro, non concordano appieno con quelli contenuti nei *reports* ufficiali: J. GRIFFITHS, H. WEYERS, M. ADAMS, *Euthanasia and Law in Europe*, cit., 168 e 198.

⁵³ I dati disponibili riportano 2216 morti nel 1999, 2123 nel 2000, 2054 nel 2001, 1883 nel 2002 (anno di entrata in vigore della legge), 1815 nel 2003, 1886 nel 2004, 1933 nel 2005 e 1923 nel 2006. J. GRIFFITHS, H. WEYERS, M. ADAMS, *Euthanasia and Law in Europe*, cit., 198, in cui anche altri dati.

⁵⁴ R. COHEN ALMAGOR, *Belgian Euthanasia Law: A Critical Analysis*, in *Journal of Medical Ethics*, 2009, 35, 436.

⁵⁵ Sentenza C-239/97 del 20 maggio 1997.

dinamiche relative alla circolazione dei modelli in America latina, precisa che la decisione relativa a come affrontare la morte assume un'importanza decisiva per il malato terminale, il quale non sta scegliendo tra la morte e molti anni di vita piena, bensì tra il morire in condizioni da lui stabilite e il morire comunque in breve tempo e in circostanze dolorose e non repute dignitose. In questi termini, «[e]l derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (CP art.12), sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral. La persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto».

Da ultimo, può farsi anche un cenno al *Northern Territory* australiano il cui Parlamento, nel 1995, approvò una legge intitolata *Rights of the Terminally Ill Act* in cui era prevista una serie di criteri seguendo i quali si rendeva legittimo ottenere l'omicidio del consenziente o l'aiuto al suicidio. Nel marzo del 1997, peraltro, il Parlamento federale australiano abrogò il provvedimento, ripristinando le precedenti sanzioni penali per ogni pratica eutanassica⁵⁶.

In conclusione sul modello a tendenza permissiva, va rilevato come in esso il riconoscimento dell'interesse a terminare la propria esistenza secondo forme ritenute personalmente dignitose non dipenda dalla presenza di un trattamento di sostegno vitale e dalla conseguente possibilità di interromperlo, ma venga riconosciuto in termini più estesi, anche in riferimento a condotte in grado di cagionare direttamente ed autonomamente la morte: l'interesse statale a preservare la vita, se non è del tutto annullato, risulta affievolito, combinandosi con il principio di autodeterminazione individuale in una relazione impostata su basi più liberali.

Le questioni relative alla limitazione della volontà personale ed all'applicazione del principio di eguaglianza paiono in questo modello ridimensionate⁵⁷, facendo però posto ai sempre possibili rischi legati all'aiuto al suicidio o all'uccisione, pur su richiesta, di persone che comunque la rispettiva condizione clinica rende particolarmente vulnerabili. A fronte di tali rischi, i diversi ordinamenti appartenenti al modello in esame hanno sviluppato una serie di requisiti, condizioni e limitazioni, la cui efficacia in termini garantistici dipende peraltro da un giudizio che si basa su criteri non solo giuridici largamente personali. I dati a disposizione, comunque, paiono dimostrare una generale stabilizzazione e talvolta un lieve calo delle richieste e delle pratiche di eutanasia. Secondo alcuni studi recenti, inoltre, negli ordinamenti che abbiamo inserito nel modello a tendenza permissiva la discussione delle decisioni di fine-vita con il paziente, con i suoi familiari ed

⁵⁶ Sia il titolo che il preambolo della legge, anzitutto, parlavano espressamente di un diritto soggettivo a terminare la vita in modo umano differenziandosi, così, dalle discipline olandese e belga. La legge prevedeva una dettagliata serie di criteri fra cui la persistenza di un gravissimo quadro clinico, una malattia incurabile (anche se non necessariamente allo stadio terminale), sofferenze insopportabili, una richiesta autentica, informata, ripetuta e verificata da uno psicologo, la possibile obiezione del medico, intervalli di tempo non derogabili, la presenza di un interprete in caso di possibili incomprensioni di carattere linguistico. A seguito della morte per eutanasia, comunque, il medico curante doveva inviare l'incartamento al *coroner* (storica figura di pubblico ufficiale incaricato nella tradizione di *common law* di indagare sulle morti sospette) che poteva investire della questione l'*attorney general*. In caso di osservanza dei requisiti di legge, era esclusa qualsiasi responsabilità di carattere penale, civile o disciplinare.

⁵⁷ Anche se non del tutto evitate: la possibilità di ottenere l'assistenza al suicidio ma non l'omicidio del consenziente, ad esempio, mette nelle condizioni di terminare la propria vita secondo canoni personali di dignità le persone cui la malattia permetta ancora qualche pur minima libertà di movimento, negandola a chi debba appoggiarsi totalmente ad un aiuto esterno.

all'interno dell'equipe medica pare assumere maggiore importanza in termini sia quantitativi che qualitativi⁵⁸.

7. Considerazioni di sintesi

Al termine di questa sintetica rassegna di carattere comparato possono ricapitolarsi alcuni punti. Anzitutto va rilevato come il principio del consenso, ricostruito in termini di scelta morale preceduta da un completo ma attento processo comunicativo, assuma dovunque un contenuto minimo riferibile al diritto di rifiutare trattamenti sanitari e cure anche di sostegno vitale. Il fatto che alcuni ordinamenti – come per taluni aspetti la Francia – non abbiano condotto tale riconoscimento alle sue logiche conseguenze, pare doversi ricondurre alle difficoltà nell'attribuire alla volontà individuale carattere di consapevolezza ed autenticità; in presenza di tali attributi, infatti, l'imposizione di trattamenti rifiutati, in assenza di interessi prevalenti, collettivi o di terzi, va ricondotta ad inerzie culturali di carattere eccezionale in via di definitivo superamento⁵⁹. D'altro canto, va rilevato come nessun ordinamento espanda l'autodeterminazione della persona (anche malata) fino all'estremo di riconoscerle un pieno ed assoluto diritto di disporre della propria vita. Anche negli ordinamenti più aperti e permissivi, così, la richiesta eutanasica è sottoposta al soddisfacimento di una serie di condizioni legittimanti.

Spingendosi oltre tali assetti condivisi, si assiste all'emergere di posizioni anche assai differenziate, tanto a livello giuridico quanto all'interno della componente medica ed in quelle politiche e sociali; e questo sia nel confronto fra i due modelli proposti che, per certi versi, anche all'interno dello stesso modello⁶⁰. Tale profilo contribuisce a far emergere dinamiche di circolazione dei modelli che assumono, talvolta, caratteri del tutto peculiari. Accade così che all'interno dello stesso modello (a tendenza impositiva) si trovino accomunati ordinamenti il cui assetto costituzionale si basa su idee di libertà individuale e di dignità, oltre che su dinamiche di bilanciamento degli interessi, non proprio coincidenti come l'Italia, la Germania, la Francia, la Spagna, ma anche il Regno Unito, il Canada e gli Stati Uniti (nella sua dimensione federale e nella maggioranza di quelle statali). Nel modello a tendenza permissiva trovano invece spazio Olanda, Belgio, Lussemburgo e la Colombia oltre che, limitatamente all'assistenza al suicidio, la Svizzera (che in altri settori riconducibili al biodiritto è invece assai cauta: altro caso di coabitazione biogiuridica) e gli Stati di Oregon, Washington e forse il Montana⁶¹.

Non è facile comprendere le ragioni delle distinzioni e degli "apparentamenti" qui solo illustrati, i quali paiono talvolta rispondere a fattori casuali o contingenti più che a consapevoli operazioni di circolazione dei modelli.

⁵⁸ S. HURST et al., *Ethical Difficulties in Clinical Practice: Experiences of European Doctors*, in *Journal of Medical Ethics*, 2007, 33, 51 ss.

⁵⁹ Significativa, al riguardo, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

⁶⁰ Si pensi alla distanza, nel modello a tendenza permissiva, fra la fonte codicistica svizzera e le leggi dell'Oregon o di Washington o alla posizione delle associazioni mediche olandese e belga. All'interno del modello a tendenza impositiva, si confronti l'assetto francese con quello di Inghilterra e Galles.

⁶¹ Ancora, in riferimento ad aspetti che abbiamo in questa sede solo sfiorato, il *reasoning* della giurisprudenza costituzionale canadese in materia di eutanasia (*Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519) si avvicina fortemente alla successiva citata decisione colombiana (sent. 239 del 1997) per poi allontanarsene e concludere in linea con quelli che saranno i *leading cases* della Corte Suprema statunitense (*Washington v. Glucksberg* e *Vacco v. Quill* del 1997).

Tuttavia, e alla pari di quanto accade in altri settori del biodiritto⁶², esigenze riconducibili alla necessità di considerare i profili peculiari del caso singolo e di differenziarne conseguentemente le soluzioni concrete spingono verso una tendenza diffusa ma variamente formalizzata (talvolta apertamente codificata, talaltra di natura *extra*, se non *contra, ordinem*) di flessibilizzazione anche delle regole strutturalmente più anelastiche. Nel modello a tendenza permissiva, così, è prevista una serie di condizioni (legate al tipo di malattia, alla fase terminale della stessa, alla sofferenza psicofisica procurata al malato, al grado di consapevolezza e capacità della persona coinvolta, ecc.) che permette che ogni caso sia considerato individualmente. Nel modello a tendenza impositiva, invece, si assiste ad una *blanket prohibition* nei confronti dell'assistenza al suicidio ed all'omicidio del consenziente, di fronte alla quale si giunge però a non punire persone che abbiano dimostrato di aver agito per motivi considerati non meritevoli di una condanna penale. Emerge così un fenomeno non più così raro nel biodiritto in cui il formante giurisprudenziale (in termini di *bio-equity*) arriva talvolta a sostituirsi a quello legislativo, il quale rimane esistente, legittimo ed efficace, ma, a ragione della sua eccessiva rigidità, viene "messo da parte" in quanto considerato non adatto a fornire una soluzione considerata, dai giudici, dalle giurie, talvolta perfino dalla pubblica accusa, equa rispetto alle specificità del caso prospettato. Pare emergere, insomma, un fenomeno secondo cui una regola che rimane formalmente vigente è sostanzialmente disapplicata, producendo una non comune distanza fra *the law-in-the-books* e *the law-in-action*.

Anche su queste basi, pare rintracciabile, nei percorsi giuridici degli ordinamenti considerati, una tendenza altrettanto condivisa ad estendere gli ambiti ed i confini del principio del consenso; tendenza che pare affiancarsi e riflettere un'inclinazione sempre più presente a livello sociale.

⁶² Fra cui l'inizio-vita o le caratteristiche del consenso al trattamento dei dati genetici.