

IL FINE-VITA NEL DIRITTO COMPARATO, FRA IMPOSIZIONI, LIBERTÀ E FUZZY SETS¹

Carlo Casonato

SOMMARIO: 1. *Ambito, basi e scopo dello scritto*; 2. *Ruolo e limiti del diritto europeo*; 3. *Due modelli tendenziali: impositivo e permissivo*; 4. *Alcune criticità*; 5. *Bio-equity e fuzzy sets*; 6. *Considerazioni di sintesi*.

1. Ambito, basi e scopo dello scritto

Il tema riguardante i diritti delle persone nelle fasi finali della propria vita è emerso in tutti gli Stati ad economia avanzata ed è divenuto ormai un oggetto di studio e di riflessione anche giuridica assai frequentato. In molti ordinamenti, inoltre, una serie di casi giunti fino all'interno delle aule di giustizia ha conferito al tema un rilievo estremamente pratico e reale, richiamando il forte nesso esistente fra quello che possiamo convenzionalmente qualificare biodiritto e l'attenzione verso la persona concreta, l'individuo nelle sue più specifiche e peculiari caratteristiche.

Al di là delle differenze anche consistenti fra le discipline adottate nei singoli ordinamenti che verranno presi in considerazione in questo scritto, paiono emergere alcune tendenze comuni: il progressivo allargamento dei confini riconosciuti all'*autodeterminazione individuale* e l'utilizzo non solo occasionale di istituti volti a riconoscere le *circostanze specifiche dei singoli casi concreti*. In questo senso, alcuni ordinamenti significativi si orientano, con un grado di consapevolezza assai variabile, verso uno schema che, più che definibile in termini di *sharp boundaries*, si caratterizza per presentare una serie di *fuzzy sets*.

¹ Contributo pubblicato in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2012, 523.

Come già sostenuto in altre sedi², la ricostruzione più convincente del rapporto medico-paziente, sintetizzata nella non felice formula del consenso informato, articola il concetto in due componenti: una informazione di natura *tecnica* ed una scelta di natura *morale*.

Il primo profilo, quello informativo, si sostanzia di percentuali di successo, controindicazioni, effetti collaterali, statistiche di rischio, alternative, e a motivo di tali contenuti di carattere tecnico vede la centralità del medico che si rivolge al paziente. Ma nel momento in cui la persona, sulla base delle informazioni ricevute, deve decidere quale alternativa accettare o se rifiutare quanto proposto, la sua decisione non è di natura tecnica, ma morale. In particolar modo quando si tratti di scelta che influenza le fasi finali della vita, la decisione di proseguire o di interrompere una terapia, piuttosto che di non iniziarla affatto, consiste in un giudizio di coerenza della proposta medica con la propria struttura morale, con la rappresentazione della propria umanità, con l'immagine che si ha di sé e con il ricordo che si vuole lasciare: in una parola – se si vuole – con l'idea che si ha della propria dignità. In questa fase, non sono percentuali e statistiche a dettare la scelta ma significati di senso e giudizi di valore riferiti a una parte cruciale della propria esistenza quale quella finale.

Pare quindi logico che, se la volontà da cui far dipendere la decisione su un determinato trattamento debba in linea di principio essere il risultato di un processo di condivisione fra professionista e paziente (il consenso, in questo senso, non deve sostituire la solitudine del “medico paternalista” con la solitudine del malato), in caso di disaccordo, sia la natura morale della scelta da adottare a imporre la prevalenza della volontà della persona (agente morale, appunto) cui il trattamento è rivolto.

Su queste basi ricostruttive, la disciplina delle scelte di fine vita diventa uno stimolante banco di prova per verificare, all'interno dei più generali rapporti fra diritto, scienza e medicina, fino a che punto gli ordinamenti giuridici riconoscono, rispettano e promuovono l'autodeterminazione individuale. L'analisi che segue, pur condotta su ordinamenti tutti appartenenti alla forma di Stato di derivazione

² Da ultimo, cfr. con F. Cembrani, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Trattato di biodiritto*, IV, *I diritti in medicina*, Giuffrè, Milano, 2011, 39-114.

liberale³, farà emergere differenze rilevanti nelle discipline adottate nei singoli Stati; differenze che paiono porre distinti problemi di eguaglianza e di coerenza e che verranno inserite all'interno di un quadro più complessivo di valutazione critica della tenuta e della coerenza delle discipline considerate.

2. Ruolo e limiti del diritto europeo

I temi di cui ci occupiamo, oltre ad essere “eticamente sensibili”, investono pienamente il diritto e, in particolare, un diritto fondamentale della persona quale quello alla volontarietà delle cure. Non può quindi sorprendere che, nonostante le diverse sensibilità e impostazioni date alla questione da parte dei rispettivi Stati Membri, l'ambito europeo, sia a livello di Consiglio d'Europa che di diritto dell'Unione Europea, ne fornisca una chiave di lettura assai significativa.

La Convenzione di Oviedo, a differenza di quanto impropriamente ancora si legge in qualche contributo dottrinale o documento anche ufficiale⁴, non è ancora compiutamente ratificata dall'Italia. A monte dei problemi legati alla mai avvenuta adozione dei decreti attuativi, infatti, manca ancora il deposito a Strasburgo dello strumento di ratifica (cioè della legge n. 145 del 2001)⁵. Nonostante questa condizione di “limbo giuridico”, la Corte di Cassazione ha ricordato come la Convenzione debba assumere valenza di ausilio interpretativo: tale documento «dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme»⁶. Ed in una materia come quella del biodiritto, sovente segnata da lacune e incertezze, anche un mero strumento interpretativo assume una importanza non marginale nel momento in cui recita che «un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non

³ G. de VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, Cedam, 2011, 155.

⁴ Si veda, ad esempio, l'errore contenuto nel sito della Camera dei Deputati dedicato al testamento biologico: <http://www.camera.it/465?area=30&tema=122&Testamento+biologico> (consultato il 29 agosto 2011).

⁵ Si veda, fra gli altri, S. PENASA, *Alla ricerca dell'anello mancante: il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo*, nel *Forum on line di Quad. cost.*

⁶ Prima sezione civile della Corte di Cassazione, sent. n. 21748 del 16 ottobre 2007.

dopo che la persona interessata abbia dato un consenso libero e informato» (art. 5)⁷.

Pienamente ratificata, e quindi diritto vigente anche in termini di parametro di legittimità interposto ai sensi dell'art. 117 primo comma della Costituzione, è invece la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo firmata a Roma il 4 novembre 1950 (Cedu). Da menzionare, in riferimento al diritto al rispetto della vita privata e familiare previsto all'art. 8⁸, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo che già nel 2002 ha sancito come «nell'ambito dei trattamenti medici, il rifiuto di accettare un particolare trattamento può inevitabilmente condurre ad un esito letale. Tuttavia, l'imposizione di un trattamento medico senza il consenso di un paziente adulto e capace avrebbe conseguenze sull'integrità fisica della persona tali da mettere a rischio i diritti protetti dall'articolo 8, comma 1, della Convenzione»⁹. Di ancor maggior interesse, si registrano alcuni punti della motivazione contenuta nella recente decisione *Haas c. Suisse* in cui, pur a fronte della riconosciuta legittimità del disconoscimento da parte svizzera di un "diritto di morire", si precisa che «le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin, à condition qu'il soit en mesure de forger librement sa propre volonté à ce propos et

⁷ Si noti il riferimento non ai "soli" trattamenti sanitari, ma a *tutto il campo della salute*. In riferimento alla qualifica da dare a nutrizione e idratazione artificiali, questa specificazione rende manifesto che il consenso, assieme al suo corrispettivo diritto al rifiuto, non possono essere messi in discussione solo perché si dubiti della definizione da dare ad una pratica che comunque rientra certamente nel "campo della salute".

⁸ «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

⁹ Si tratta del caso *Pretty v. United Kingdom*, (application n. 2346/02), ECHR 423 (29 April 2002), il cui punto 63 recita: «In 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».

Sulla Cedu e la relative giurisprudenza, si veda il contributo di I.A. COLUSSI, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2012, 445.

d'agir en conséquence, est l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention»¹⁰.

Oltre al Consiglio d'Europa, il diritto dell'Unione Europea presenta un preciso principio in tema di rapporto medico-paziente. L'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, avente lo stesso valore giuridico dei trattati anche se limitata all'attuazione del diritto UE, stabilisce 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»¹¹. Piace richiamare, in particolare, la *sedes materiae* di tale disposizione che si trova fra le primissime della Carta e, significativamente, all'interno del capo primo, dedicato proprio alla «Dignità». Va sottolineato in questi termini come la Carta, più che esprimere una precisa regola operativa, confermi espressamente la chiave di lettura qui proposta, ponendo a fondamento del principio del consenso la natura morale e quindi personale della scelta in stretto collegamento con il rispetto della dignità della persona.

Entro i limiti di applicazione richiamati, ma con l'esigenza di collocarsi all'interno della prospettiva segnalata, è agevole rilevare come gli Stati membri del Consiglio d'Europa e dell'Unione Europea si trovino ad avere discipline differenti in tema di fine vita. Anziché condurre un esame puntuale delle singole discipline statali, riprendiamo in questa sede una tipologia già proposta la quale permette di raggruppare una serie di ordinamenti significativi anche extra-europei all'interno di due modelli: quello a tendenza impositiva e quello a tendenza permissiva¹².

3. Due modelli tendenziali: impositivo e permissivo

L'indagine comparata dimostra come in nessun ordinamento pur di derivazione liberale l'individuo sia riconosciuto quale padrone assoluto e incondizionato della propria vita e del proprio destino biologico. Allo stesso tempo, d'altro canto, si rileva come in tutti gli

¹⁰ Si tratta del caso *Haas c. Suisse* (Requête n° 31322/07) deciso il 20 giugno 2011.

¹¹ In relazione a quanto detto sopra, si noti ancora il riferimento non ai “soli” trattamenti sanitari, ma a tutto l'ambito della medicina e della biologia.

¹² C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino, 2012, 102 ss. cui si rinvia per maggiori dettagli e informazioni.

ordinamenti sia previsto un qualche margine di libertà di scelta sulle cure anche nella fase finale della vita. In questi termini, tutti gli Stati qui 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 sarebbe tolto ogni margine di autodeterminazione in riferimento alla conduzione ed alla conclusione della propria esistenza). Le esperienze contemporanee possono quindi inserirsi all'interno di *modelli tendenziali* (di segno impositivo o permissivo) tutti connotati da un bilanciamento fra la dimensione della libertà e quella dell'imposizione.

Il *modello a tendenza impositiva* vieta condotte che provochino direttamente la morte di persone anche capaci e consenzienti, ma riconosce in termini generali il diritto di rifiutare trattamenti sanitari anche di sostegno vitale¹³. 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 derivi anche la morte dello stesso. Negli ordinamenti appartenenti a questa tipologia, la tutela dell'autodeterminazione individuale 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.

¹³ 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. Si tratta di casi di imposizione di vaccinazioni a fini di tutela della salute collettiva o di TSO con finalità di protezione di persone con disturbi mentali.

Fra gli ordinamenti che fanno parte del modello a tendenza impositiva possono ricordarsi gli Stati Uniti (nella dimensione federale), il Canada, la Germania, la Spagna, l'Italia e, con una serie di particolarità, la Francia e il Regno Unito. A livello di diritto internazionale, 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 al contempo la legittimità del reato di assistenza al suicidio.

Il secondo dei modelli proposti, quello *a tendenza permissiva*, si caratterizza per la non punibilità, a determinate condizioni, delle condotte dirette a provocare direttamente la morte di una persona: l'assistenza al suicidio e l'omicidio del consenziente. Come il modello a tendenza impositiva, anche quello in parola prevede il diritto al rifiuto e la possibilità di rendere obbligatori determinati trattamenti sanitari al fine di tutelare la salute della collettività o delle persone affette da problemi di salute mentale. 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 dell'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, i quali pure restano reati.

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)¹⁴ e quelli che consentono anche l'omicidio del consenziente (Olanda, Belgio, Lussemburgo e forse Colombia).

¹⁴ La Francia punisce penalmente in termini espliciti solo l'istigazione ma non l'assistenza al suicidio, anche se in alcuni casi anche la mera condotta assistenziale è stata vietata. Al riguardo, si vedano i contributi di *Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ* e di *Elisabetta PULICE* in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, cit., 587, 609.

4. Alcune criticità

Il modello a tendenza permissiva è stato tipicamente criticato per una serie di motivi: per il pericolo di svalutare la vita umana in quanto tale, la quale non sarebbe più considerata in termini di sacralità; per il rischio di non considerare la fragilità delle persone che si trovano nella fase finale della propria esistenza, le quali potrebbero sentirsi indotte a chiedere l'assistenza nel suicidio o l'omicidio non in piena consapevolezza ma per motivi legati alla propria vulnerabilità; per la possibilità di intraprendere un cammino lungo una china scivolosa che potrebbe portare all'eliminazione di categorie sociali considerate pericolose, inutili o svantaggiate (lo *slippery slope argument*); per il rischio che la professione medica venga percepita non più al servizio della vita e della salute dei pazienti ma in favore della loro morte, ecc.

A fronte di questi profili critici, si è sottolineato come gli ordinamenti appartenenti al modello a tendenza permissiva riconoscano la non punibilità della persona (tendenzialmente un professionista sanitario) che aiuta nel suicidio o che uccide il paziente consenziente solo in presenza di una serie di precisi requisiti di carattere sia sostanziale che formale; requisiti che devono essere tutti rispettati, a pena di incorrere nei sussistenti reati di assistenza al suicidio o omicidio del consenziente¹⁵. Tali requisiti sono previsti al preciso scopo di assicurare l'autenticità della volontà espressa; ed una serie di dati riferiti al numero di pratiche eutanasiche ed alle caratteristiche delle persone che ne hanno fatto richiesta portano ad allontanare il rischio di abusi o di *slippery slope*¹⁶.

Il modello a tendenza permissiva, nel momento in cui dà maggior riconoscimento alla volontà individuale in assenza di interessi diretti e prevalenti di terzi o della collettività, d'altro canto, pare in via astratta collocarsi lungo una linea di maggior aderenza agli assunti di base dello Stato di derivazione liberale.

¹⁵ In riferimento all'ordinamento olandese, ad esempio, si veda da ultimo la lettera di A.M. SILVIUS, *My Experience with Euthanasia*, pubblicata sul *British Medical Journal*, 2011, 343.

¹⁶ Si vedano, fra le altre, le considerazioni in R. YOUNG, *Voluntary Euthanasia*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2010 Edition)*, E.N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/euthanasia-voluntary/> (consultato il 29 agosto 2011).

Il *modello a tendenza impositiva* è stato oggetto di critiche speculari rispetto a quelle rivolte agli Stati a tendenza permissiva. Due, in particolare, i rilievi sollevati¹⁷.

i) Il primo riguarda una *limitazione della libertà individuale* in assenza di interessi immediati di terzi o della collettività. In presenza di una persona capace e consapevole, affetta da malattia terminale o gravissima e afflitta da dolore che consideri insostenibile, 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 di carattere comparato ha fatto 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 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" (la citata *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 del personale medico-sanitario quale insieme di professionisti che si adopera per la cura delle persone e non per la loro morte.

ii) Il secondo rilievo critico rivolto al modello a tendenza impositiva 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 e obbligarla a maggiori sofferenze, ma che non impone mezzi di sostegno vitale, non ha lo

¹⁷ Si permetta qui il rinvio a C. Casonato, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, testo della relazione tenuta al seminario di studio presso la Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, Roma, 6 luglio 2009, in <http://www.cortecostituzionale.it/convegniSeminari.do> (consultato il 29 agosto 2011) e in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, III, pp. 1052-1073.

stesso diritto; anzi, chi lo mettesse nelle condizioni di togliersi la vita commetterebbe un reato e sarebbe passibile di una pesante condanna. La differenza fra la titolarità di un diritto fondamentale (al rifiuto), da un lato, e la responsabilità penale (per la commissione di un reato), dall'altro, sarebbe in questa prospettiva legata ad una condizione del tutto accidentale quale il tipo di patologia (che impone un trattamento vitale o meno) che ha in sorte una persona.

Il rilievo critico legato al principio di eguaglianza rivolto al modello a tendenza impositiva, o alla sua coerenza strutturale se si vuole, è esemplificato da due casi giurisprudenziali risolti a pochi mesi di distanza nel Regno Unito.

Il primo caso (Ms. B) ha riguardato una donna tetraplegica, paralizzata dal collo in giù e costretta, per respirare, a vivere con l'ausilio di un "polmone d'acciaio". Ms. B, dopo alcuni anni vissuti in 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 dubitarono della sua capacità di intendere e volere e, invocando la propria posizione di garanzia, rifiutarono di interrompere la ventilazione. A seguito dell'insistenza della donna, 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*¹⁸. 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 dell'Alta Corte intimò all'ospedale di rispettarne la volontà oppure di trasferirla in altro istituto dove altri professionisti l'avrebbero potuta rispettare¹⁹.

A fronte di tale vicenda, che conferma il rifiuto di trattamenti sanitari anche vitali quale diritto pienamente *justiciable*, si può citare un caso di richiesta di assistenza al suicidio che vide un esito contrario.

¹⁸ Il caso è *Ms B v. An NHS Hospital Trust*, Lloyd's Rep Med 265, deciso il 22 marzo 2002.

¹⁹ 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 vissuta.

Diane Pretty era 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 e in particolare decise di interrompere la sua esistenza prima di giungere in uno stato di forte sofferenza psico-fisica che considerava incompatibile con la propria dignità. Le sue condizioni, peraltro, non le permettevano di commettere “personalmente” suicidio né imponevano un trattamento di sostegno vitale che avrebbe potuto chiedere di interrompere. La donna chiese quindi al *Director of Public Prosecutions* di non perseguire il marito dopo che l'avesse aiutata a togliersi la vita. A fronte del rifiuto del funzionario di concedere tale immunità preventiva, rifiuto motivato ai sensi del *Suicide Act*, la donna impugnò la decisione fino alla *House of Lords*, la quale non poté che confermare il divieto penale per l'aiuto al suicidio e la legittimità della decisione della pubblica accusa²⁰. Il risultato della vicenda giudiziaria fu che, a differenza di 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.

Il confronto fra i due casi interroga profondamente in merito alla ragione per cui i motivi posti alla base del divieto dell'assistenza al suicidio (sacralità della vita, *slippery slope*, vulnerabilità, ruolo dei medici) non assumono lo stesso rilievo per il diritto al rifiuto di trattamenti di sostegno vitale. Forse che le persone gravemente malate non sono allo stesso modo sottoposte ad un forte carico di stress, che può tutte parimenti condurle verso uno stato di vulnerabilità a prescindere dalla presenza o meno di trattamenti di sostegno vitale? Forse che l'interesse statale a preservare l'esistenza, tale da imporre una condanna pesante a chi leda *direttamente* il bene tutelato anche con il consenso dell'avente diritto, non vale per chi lo faccia in modo *indiretto*? Per quale ragione il carattere “sacro” della vita assume una dimensione *relativa* nei confronti di quanti chiedono di terminare la propria esistenza spegnendo un macchinario, mentre assume una

²⁰ Il caso è [*The Queen on the Application of Mrs Dianne Pretty v. Director of Public Prosecutions and Secretary of State for the Home Department*](#), UKHL 61, deciso il 29 novembre 2001.

dimensione *assoluta* per quanti, pur gravemente malati e egualmente (se non maggiormente) sofferenti, richiedono consapevolmente una morte causata “dall’esterno”? La vita di Ms. B non dovrebbe valere quanto quella di Diane Pretty? E la volontà di Dianne Pretty non dovrebbe valere quanto quella di Ms. B?

In conclusione sul punto, pare che il modello a tendenza impositiva presenti una serie di *criticità interne* difficili da sciogliere, a meno di non ricorrere a strumenti e istituti che, ponendosi ai margini o al di fuori del sistema stesso, permettano di modulare risposte non convenzionali rispetto a casi dotati di determinate specificità.

5. *Bio-equity e fuzzy sets*

Non pare doversi attribuire al caso, così, l’emersione in una serie di ordinamenti (fra cui Regno Unito, Francia, Italia, Stati Uniti) di un fenomeno non frequentissimo ma non certo più isolato che vede l’adozione di metodi più o meno ingegnosi per superare la rigidità della difficile distinzione fra il diritto al rifiuto ed i reati di assistenza al suicidio e omicidio del consenziente, alla ricerca di decisioni che tengano in maggior conto l’autodeterminazione individuale, e con essa una maggior coerenza dell’ordinamento con i principi propri dello Stato di derivazione liberale.

Grazie alla *prosecutorial discretion* che contraddistingue la pubblica accusa inglese e gallese (il *Director of Public Prosecutions*, DPP) si è da tempo avviata in quei paesi una prassi tesa a non procedere, a determinate condizioni, contro persone che avessero aiutato i propri cari gravemente malati a recarsi in Svizzera per ottenere l’aiuto, lì legittimo, 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 e aveva infine 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 tipicamente 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 dalla pubblica accusa penalmente rilevante²¹.

A fronte del moltiplicarsi di casi simili, il DPP ha dapprima aperto una consultazione pubblica in merito all'opportunità di procedere contro le persone che, esclusivamente per motivi pietosi, accompagnassero propri cari malati e sofferenti in Svizzera per ottenere il suicidio. Dopo aver ricevuto oltre cinquemila contributi, il DPP ha annunciato nel febbraio del 2010 le linee guida della sua nuova *policy* in materia: se il reato di assistenza al suicidio trova una conferma in termini generali (né poteva essere altrimenti vista l'assenza di alcuna competenza legislativa in capo alla pubblica accusa), si sono introdotti sei motivi tipici di pubblico interesse che rendono meno probabile l'incriminazione. Il DPP, in particolare, tende a rinunciare alla *prosecution* nei casi in cui: «*the victim had reached a voluntary, clear, settled and informed decision to commit suicide; the suspect was wholly motivated by compassion; the actions of the suspect, although sufficient to come within the definition of the offence, were of only minor encouragement or assistance; the suspect had sought to dissuade the victim from taking the course of action which resulted in his or her suicide; the actions of the suspect may be characterised as reluctant encouragement or assistance in the face of a determined wish on the part of the victim to commit suicide; the suspect reported the victim's suicide to the police and fully assisted them in their enquiries into the circumstances of the suicide or the attempt and his or her part in providing encouragement or assistance*»²².

Anche un caso francese si inserisce nella dinamica qui in esame, tendendo ad una “forzatura” della rigidità del diritto penale (che lì punisce espressamente l'istigazione al suicidio e l'omicidio) alla

²¹ 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*». La decisione e le relative motivazioni del DPP sono riportate in http://www.cps.gov.uk/news/articles/death_by_suicide_of_daniel_james/ (consultato il 29 agosto 2011).

²² Altre informazioni nel sito del DPP, URL: http://www.cps.gov.uk/publications/prosecution/assisted_suicide_policy.html (consultato il 29 agosto 2011).

ricerca di soluzioni più flessibili e rispettose della volontà individuale. 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 iniettagli un sedativo e di praticare un'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 avrebbero potuto resistere²³. 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 caso.

In riferimento a casi simili, può ricordarsi come altri istituti tipicamente inseriti nei codici penali, come lo *stato di necessità* o l'aver agito per *motivi di particolare valore morale o sociale*, sono stati utilizzati anche in Italia 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 *prove fattuali* ad essere piegate oltre il consueto per ragioni "compassionevoli": accade allora che un'iniezione (letale) di cloruro di potassio viene ricostruita solo in termini di tentato omicidio (caso Cox) oppure non si ritiene provata l'esistenza in vita del malato al momento della condotta incriminata (caso Forzatti)²⁴.

²³ L'articolo recita: «[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».

²⁴ Alcuni casi, fra cui quelli citati, in C. CASONATO, *Informed Consent and End-of-Life Decisions: Notes of Comparative Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2011, vol. 18, n. 3, 225 ss.

Sulla stessa linea, ancora, può ricordarsi l'operatività diffusa della cd. *dottrina del doppio effetto*. Nella sua configurazione tipica, tale principio prevede che, nel momento in cui un malato gravissimo sia afflitto 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 riconducibili alla malattia²⁵. In Francia, così, nel quadro di una tutela della dignità del malato terminale, è lo stesso codice di sanità pubblica a prevedere 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*»²⁶. Il problema costituito da tale impostazione 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 segue il suo corso naturale", ma essere accelerata, quale effetto collaterale, 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 alleviare il dolore, anche nella previsione, *rectius* non esclusione, dell'anticipazione della morte: una volontà compassionevole che però, nei casi tipici di *mercy killing*, non basta a giustificare e rendere legittima la condotta. 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 the patient*

²⁵ Un commento critico, da ultimo, in J.A. BILLINGS, *Double effect: a useful rule that alone cannot justify hastening death*, in *Journal of Medical Ethics*, 2011, 37, 437.

²⁶ Art. L1110-5, ultimo comma del *Code de la santé publique*.

dies, nobody could possibly suggest that in that situation the doctor was guilty of murder or attempted murder»²⁷.

In questa sintetica rassegna degli istituti giuridici e delle dinamiche che tendono a introdurre elementi di flessibilità all'interno dei Paesi che altrimenti prevedono un divieto rigido e assoluto di assistenza al suicidio e omicidio del consenziente, si può, infine, accennare al fenomeno della *jury nullification*. Con tale formula s'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 opposto²⁸. Nell'ambito riconducibile ai margini di autodeterminazione nel fine-vita, la *jury nullification* 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 suicidio²⁹.

Considerato in termini complessivi, il fenomeno descritto, teso a rendere porosi i confini delle categorie adottate producendo una certa flessibilità all'interno degli assetti giuridici considerati, pare emergere con una certa cadenza. Pare insomma delinearsi un quadro d'insieme in cui ordinamenti appartenenti a tradizioni giuridiche anche assai diverse, di *civil law* come di *common law*, sono accomunati dall'esigenza di superare un diritto penale (ed in particolare i reati di omicidio del consenziente ed assistenza al suicidio) che pare ai giudici, alle giurie,

²⁷ Si tratta del caso *R. v. Adams*, Crim. LR 365, del 1957, ripreso poi in *R. v. Cox*, 12 BMLR 338, 41 del 1992. Altri riferimenti nella citata relazione su *Il consenso informato* presentata da Carlo Casonato presso la Corte costituzionale da cui sono tratti alcuni dei passi qui riportati.

²⁸ Sulla base di questa struttura, la *jury nullification* ha rivestito un ruolo importante quanto 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.

²⁹ M BATTIN, R. RHODES, A. SILVERS (Eds), *Physician Assisted Suicide: Expanding the Debate*, New York, Rutledge, 1998.

talvolta alla stessa pubblica accusa troppo rigido ed incapace di trattare con proporzione ed equità le caratteristiche peculiari di casi che, grazie alle tecniche rianimatorie e di sostegno vitale, sempre più frequentemente emergono ed emergeranno nell'ambito del fine-vita. I sistemi che appartengono al modello a tendenza impositiva, insomma, paiono perdere quella certezza dei confini che li dovrebbe distanziare dai sistemi a tendenza permissiva, giungendo a caratterizzarsi, più che per *sharp boundaries*, per *fuzzy sets*.

In termini generali, tale fenomeno non può certo dirsi nuovo all'interno delle diverse tradizioni giuridiche le quali, anche in tempi di codificazione, hanno sempre previsto strumenti per mitigare la *regola* con una serie di *eccezioni*. In particolare, però, la dinamica descritta ricorda da vicino quanto avvenuto nel diritto anglosassone del XIII secolo in riferimento all'origine dell'*equity*³⁰. Visto l'irrigidimento dei rimedi di *common law*, testimoniato dalle *Provisions of Oxford* del 1258, i cittadini insoddisfatti presero allora con sempre maggiore frequenza a riavvicinarsi al Re chiedendo giustizia al *Lord Chancellor*. Tale figura, di regola un ecclesiastico, 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 nuovi *equitable interests* che le nuove esigenze o le nuove realtà presentavano con sempre maggior frequenza e che non trovavano una soluzione soddisfacente sulla base di un *common law* divenuto troppo rigido.

Senza dimenticare l'immensa distanza fra i due fenomeni, pare oggi emergere qualcosa di analogo: l'affiorare di una fonte materiale, di natura *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 "più-che-interpretative" pongano problemi particolari di certezza (cos'è equo?), parità di trattamento (dipendendo pienamente dalla discrezionalità dei soggetti incaricati della decisione) e, nel *civil law*, di legittimazione

³⁰ In generale, cfr. J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, Butterworths, London, 1990, 122.

complessiva di giudici ancora formalmente percepiti in termini burocratico-applicativi.

6. Considerazioni di sintesi

Sulla base di quanto detto, possono tracciarsi alcune considerazioni di sintesi.

a) È possibile anzitutto rilevare come tutti gli ordinamenti esaminati riconoscano un *diritto di accettare o di rifiutare i* trattamenti sanitari proposti, anche di sostegno vitale. Al riguardo, può aggiungersi come sia la Convenzione di Oviedo che la Carta dei diritti fondamentali, oltre che le decisioni di numerosi Corti di Stati stranieri, estendano tale diritto non solo a quanto considerato in termini tecnici “trattamento sanitario”, ma a tutto il campo della medicina. Da questo punto di vista, pare perdere di significato l’ormai sterile dibattito tutto italiano relativo alla qualificazione di nutrizione e idratazione artificiali in termini di trattamenti sanitari piuttosto che di cure doverose: in ogni caso, la persona ha un preciso diritto di non accettare la proposta medica. E va ancora una volta registrato come il disegno di legge cd. Calabrò, tornato all’esame del Senato dopo le modifiche della Camera dell’estate 2011, presenti una forte criticità laddove impone che alimentazione e idratazione artificiale “devono essere mantenute fino al termine della vita” non potendo “formare oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento” (art. 3.4).

b) In tutti gli ordinamenti considerati, in secondo luogo, la dottrina del *doppio effetto* permette di non ritenere vietata la sedazione anche profonda che possa comportare, come effetto collaterale, l’accelerazione della morte della persona sedata. Se tale situazione pone un problema di coerenza negli ordinamenti (a tendenza impositiva) che vorrebbero escludere in termini assoluti la legittimità di qualsiasi condotta che possa provocare la morte, è d’altro canto del tutto intuibile che l’alternativa consisterebbe nel non attuare una sedazione efficace nei confronti di persone afflitte da grave dolore, con la conseguenza di lasciarle soffrire in misura non tollerabile.

c) Al di là di tali profili largamente condivisi, le posizioni presenti a livello statale, e anche all’interno dei singoli Stati, si presentano assai differenziate. A livello tanto medico, quanto politico e sociale, così, la stessa esigenza di rispettare le persone e la loro dignità

viene interpretata in maniera anche diametralmente opposta, distanziando gli esiti di riflessioni che prendono il via, apparentemente, dagli stessi assunti di partenza³¹.

d) Pur partendo da un *law-in-the-book* molto differenziato (fra sistemi a tendenza impositiva e sistemi a tendenza permissiva), tuttavia, si assiste ad un fenomeno generalizzato che tende a rendere più flessibili ed incerti i confini che separano, da un punto di vista formale, i diversi ordinamenti. Il *law-in-action* che si occupa del fine vita a livello comparato si dimostra, così, sempre più attento alle concrete caratteristiche dei singoli casi, giungendo in qualche modo a by-passare la rigidità delle disposizioni codicistiche di segno repressivo e a dare soluzioni più rispettose della volontà individuale; in questo modo riorientando anche gli ordinamenti a tendenza impositiva verso un maggiore rispetto dei principi tipicamente posti a fondamento della forma di Stato di derivazione liberale.

³¹ Uno dei problemi tipici del tema (si pensi al significato da dare alla dignità umana) è che più un'idea è universalmente accettata e più nasce il dubbio che i significati di volta in volta attribuiti alla stessa siano distanti. Ed è proprio grazie all'ambiguità di tali formule che posizioni anche ideologicamente molto diverse si possono, a livello generale e astratto, "accordare"; con il risultato, però, che nessun accordo è in realtà raggiunto visto che l'oggetto dell'intesa non è lo stesso. Si vedano, da ultimi, i contributi di R. TALLIS, *Should the law on assisted dying be changed? Yes* e di K. FITZPATRICK, *Should the law on assisted dying be changed? No*, ospitati sul *British Medical Journal*, 2011, 37, 437.