



María José Parejo Guzmán

(profesora contratada doctora del área de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla)

Rivendicazione dell'autonomia del malato: l'esercizio del diritto alla libera disposizione

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Regime giuridico generale dell'eutanasia – 3. Natura giuridica dell'eutanasia – 4. Il fondamento giuridico dell'eutanasia – 5. Concetto e contenuto dell'eutanasia – 6. Proposte *de lege ferenda*.

1 - Introduzione

Diversi fatti mostrano come negli ultimi tempi la riflessione sull'eutanasia sia notevolmente cresciuta in ambito internazionale. Il vivace dibattito in corso sull'esperienza olandese, i due referendum tenuti negli Stati Uniti (nello stato di Washington nel 1991 e in California nel 1992), le polemiche seguite alla proposta Schwartzemberg approvata da una commissione al Parlamento Europeo, l'interesse suscitato da vari casi individuali e altri episodi, inducono a credere che il discorso in materia stia assumendo una dimensione nuova.

La finalità di questo lavoro si incentra nell'affrontare l'attuale problematica giuridica dell'eutanasia nell'ordinamento giuridico spagnolo, sulla base dell'esercizio del diritto alla libera disposizione, per proporre una soluzione giuridica a due questioni rilevanti che gravano su questa figura. Si vuole, da un lato, cogliere il significato proprio di eutanasia, che comprenda in modo esclusivo tutti i presupposti che abitualmente si considerano come tali, descrivendo correttamente i diversi tipi o classi della stessa. E dall'altro si vuole realizzare una successiva riflessione nella quale i doveri sono configurati "*de iure condendo*"; manifestare la nostra opinione rispetto al trattamento giuridico che si deve dispensare alle distinte modalità di eutanasia che si osservano nel nostro ordinamento giuridico; decidere se alcune di esse sono, o possono essere "*de lege ferenda*", attenuate, giustificate o persino non tipizzate penalmente.

Più concretamente si tratterà di stabilire la delimitazione concettuale dell'eutanasia, in funzione del suo valore giuridico, come punto di partenza per una successiva riflessione sulla liceità o convenienza della pratica eutanasi o sulla legittimità del suo



esercizio, sempre tenendo come base l'esercizio del diritto alla libera disposizione.

Tralasciando qui i problemi spesso inestricabili relativi al "lasciar morire" e alla cosiddetta "eutanasia passiva", con "eutanasia" s'intende l'azione che procura una morte senza dolore a una persona che ne fa richiesta, ripetutamente e senza incertezze, per evitare un'infermità inguaribile e una situazione degradante per la propria dignità.

Il metodo di ricerca utilizzato in questo studio mira, in primo luogo, ad analizzare il regime giuridico generale della figura dell'eutanasia, esaminando una serie di materie collegate che risultano imprescindibili per uno studio completo della figura; in secondo luogo, a studiare tutto quello che concerne la natura giuridica dell'eutanasia; in terzo luogo, a investigare a fondo i principi giuridici che offrono fondamento all'eutanasia; e, infine, come quarto e ultimo punto, a dare soluzioni alla problematica della nozione e del contenuto della eutanasia e, di conseguenza, alla questione di quale deve essere *de iure condendo*, secondo la nostra opinione, il trattamento giuridico delle distinte modalità eutanasiche nel nostro ordinamento giuridico.

Il rifiuto dei trattamenti e la formulazione di direttive anticipate non esauriscono però la gamma di proposte del movimento per l'autonomia del malato. Le rivendicazioni più forti – e anche più problematiche – avanzate dal movimento sono la legalizzazione o la depenalizzazione dell'eutanasia volontaria e quella dell'assistenza al suicidio. In effetti, se si prende sul serio il principio di rispetto per l'autonomia, vale a dire se si riconosce a questo principio una priorità rispetto agli altri, non vi sono ragioni di principio che si possano opporre a queste richieste, ma semmai solo ragioni di prudenza.

2 - Regime giuridico generale dell'eutanasia

Per esporre il regime giuridico generale della figura dell'eutanasia si deve partire dall'insufficiente legislazione specifica e direttamente applicabile al caso, in Spagna così come nel resto degli ordinamenti Europei. Nonostante l'inarrestabile dibattito che ha generato la problematica dell'eutanasia tanto in Spagna così come nei paesi stranieri, la risposta che offrono le leggi penali vigenti al problema del carattere delittuoso e la punizione di eutanasia continua a rimanere



essenzialmente la stessa di 150 anni fa: una risposta insufficiente, vaga e ambigua e, a sua volta, poco chiarificatrice¹.

Prima di descrivere la situazione spagnola, si deve fare riferimento al fatto che esistono due paesi europei che hanno

¹ Vedi, per tutti, **F. MUÑOZ CONDE**, *Diritto penale. Parte speciale*, 14^a ed. completamente rivista e aggiornata, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 75-80, dove segnala: "(...) ci sono, tuttavia, casi estremi nei quali, senza il pericolo di applicare cause di attenuazione o incluso di esclusione della colpevolezza basata sull'idea della non esigibilità, si deve anche riconoscere lo stato di necessità come causa di giustificazione (...). Tuttavia, l'articolo 143.4 del Codice Penale del 1995 non ha voluto inserire più di un'attenuante, benché rilevante, della pena (...). Per applicare questa attenuante sarà necessaria la presenza di vari requisiti (...). Pertanto, il comma 4 penalizza, sebbene in forma attenuata quando vi siano i requisiti prima segnalati, la cosiddetta eutanasia attiva. (...) La regolamentazione del problema nel comma 4 dell'articolo 143 non solo pecca d'insufficienza, ma complica anche inutilmente la questione (...). (...) Il problema dell'eutanasia è molto lontano dall'essere corretto e dall'essere definitivamente risolto con quello che sta scritto nel comma 4 dell'arch.". Vedi anche **J.J. GONZÁLES RUS**, *Il trattamento penale dell'Eutanasia, Corso di diritto penale spagnolo. Parte speciale. Tomo I [Cobo Del Rosal (Dir.)/ Carmona Salgado/ González Rus/ Morillas Cueva/ Polaino Navarrete/ Portilla Contreras]*, Marcia Pons, Madrid, 1996, p. 99: "Il criterio di attenuare la punibilità dell'eutanasia attiva diretta, senza optare direttamente per la sua depenalizzazione risulta discutibile. Soprattutto se si considera che le stesse ragioni che giustificano la non punibilità dell'eutanasia passiva e dell'eutanasia attiva indiretta potrebbero invocarsi anche per fondare l'inesistenza della responsabilità criminale in essa. (...) La differenza di trattamento può spiegarsi solo partendo dalla considerazione che in quest'ambito si considerano in maniera sostanzialmente diseguale l'azione e l'omissione, così come è stato evidenziato riguardo alla cooperazione al suicidio e dell'omicidio a richiesta. Sebbene, nella relazione sull'eutanasia attiva diretta, l'accordo fosse minore, un significativo settore dottrinale propose formule per cogliere l'estensione della responsabilità criminale". Sullo stesso argomento si pronuncia **J.Á. MARÍN GAMEZ**, *Riflessioni sopra l'eutanasia: una questione pendente del diritto costituzionale alla vita*, in *Rivista spagnola di Diritto Costituzionale*, 1998, sett.-dic. 18 (54), 1998, pp. 85-118, qui p. 113: "(...), il codice penale del 1995 ha perduto una buona occasione per risolvere, completamente e definitivamente, il criterio punitivo della condotta eutanasi (...)", e **C. TOMÁS VALIENTE LANUZA**, *La disponibilità della propria vita nel diritto penale*, in *Bollettino ufficiale di Stato. Centro di studio politico e costituzionale*, Madrid, 1999, p. 471: "Le citate difficoltà (...) prendono causa, secondo noi, dalla difettosa tecnica legislativa impiegata nell'elaborazione dell'art. 143.4 Cp, che conduce ad una non necessaria confusione al rispetto". Si devono segnalare altresì, con riferimento a questa idea, le parole del presidente della "Sala 1^a" del Tribunale Supremo (D. Ignacio Sierra Gill), nel corso della manifestazione dell'8 luglio 1998, nell'intervento tenuto nel corso della Scuola Estiva della Magistratura, celebrato nel palazzo Mariñan. Questi affermò, pronunciandosi a favore della depenalizzazione dell'eutanasia e criticando l'errore di valenza del nuovo Codice Penale su questo tema, tra le altre cose: «Il nuovo Codice Penale in pratica non ha progredito molto rispetto a quello che c'era nella dittatura del "Primo de Riviera", giacché entrambi arrivano in pratica alla stessa conclusione» (cfr. notizia dal quotidiano "El País", in *www.elpais.es* di giovedì 9 luglio 1998).



predisposto, in forma totalmente rivoluzionaria, una legislazione in materia: questi paesi sono, in concreto, Olanda e Belgio. Il 1 aprile e il 22 settembre 2002 sono entrate in vigore, rispettivamente, in Olanda e Belgio, leggi che depenalizzano alcune modalità di eutanasia, convertendosi, per il loro carattere innovativo, nel modello da seguire per una possibile futura legalizzazione di queste pratiche nell'Unione Europa². Questi modelli che, senza dubbio, rappresentano un'importante crescita rispetto al divieto diffuso negli altri paesi membri dell'Unione Europea, risultano, nonostante tutto, realmente migliorabili, poiché si tratta di una depenalizzazione quanto meno incompleta (che si limita a regolare i presupposti con i quali il paziente legalizza la sua volontà di morire, non estendendosi ai presupposti di eutanasia praticata con pazienti che non possono esprimere la loro volontà, situazione che si presenta molte volte in questo tipo di realtà e alla quale, senza dubbio, si deve ugualmente dare una risposta adeguata di riconoscimento da parte di ogni ordinamento giuridico) ed anche, per alcuni aspetti, equivoca.

In Spagna, diversamente da quanto avviene in Olanda e in Belgio, non esiste una legge che affronti la problematica dell'eutanasia, comprendendo dettagliatamente le situazioni, le condotte necessarie e tutte le questioni che devono chiarirsi a proposito di questa figura. Di fatto, nel nostro paese, la disciplina giuridico-positiva al momento in vigore, in diretta relazione con l'eutanasia, si circoscrive all'esistenza di

² La legge Olandese - che si chiama Legge della verifica del termine della vita a richiesta propria e dell'ausilio al suicidio, Legge Korthals/Borst 26691 - fu approvata dal Senato del Regno d'Olanda il 10 aprile del 2001, entrando finalmente in vigore il 1 aprile 2002. A tale riguardo, si devono tenere in considerazione le Osservazioni finali del Comitato dei Diritti Umani su questa Legge olandese, del 27 agosto 2001, 72 periodo di sessioni, Doc. CCPR/CO/72/NET. *Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, Ginevra, Svizzera, nelle quali si può leggere: "Il Comitato esaminò la questione dell'eutanasia e del suicidio assistito. Il Comitato riconosce che la nuova legge riguardante i procedimenti in esame sovrappone previa petizione il fine alla vita e il suicidio assistito, che entrerà in vigore il primo dicembre del 2002, è il risultato di un ampio dibattito pubblico su una questione giuridica ed etica molto complicata. Riconosce inoltre che con la nuova legge si tratta di dare certezza e chiarezza giuridica a una situazione che si è sviluppata in base alla giurisprudenza e alla pratica medica per anni". Vedi, rispetto alla stessa, come si segnala in **J.J. MORA MOLINA**, *Olanda, tra la vita e la morte*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 167: "Il giorno 10 di aprile, 2001, il Senato del Regno d'Olanda approvò la Legge 26691 con il risultato di 46 voti a favore e 28 contro. Si prevede che entrerà in vigore il prossimo autunno, o al massimo, nel gennaio del 2002" (la legge, come già è stato detto, è poi entrata in vigore il 1° aprile 2002). Rispetto al modello belga si deve segnalare che la legge concernente l'eutanasia, datata 28 maggio 2002 (in *Moniteur Belge*, 22 giugno 2002) è entrata in vigore, come si è detto, il 22 settembre dello stesso anno.



un comma in un articolo dell'attuale Codice Penale; in concreto, il comma 4 dell'articolo 143 del nuovo Codice Penale spagnolo del 1995³. Nonostante tutto, occorre ricordare, a tale proposito, che nel nostro paese hanno visto la luce molte iniziative parlamentari, di distinto segno, che hanno proposto una legalizzazione più o meno ampia dell'eutanasia, tanto nel 1998 così come negli anni seguenti, principalmente nel 2002⁴ e nel 2004⁵. Anche quando queste proposte di

³ Legge organica 10/1995, 23 novembre 1995.

⁴ In **G. LANDROVE DIAZ**, *Il diritto a una morte degna*, in *Rivista giuridica spagnola "La Ley" (Volume di Giurisprudenza)*, 2, Madrid, 1998, pp. 1999- 2005, qui pp. 2004-2005, si può leggere, con riguardo a due delle iniziative parlamentari dal 1998: «Nel mese di febbraio del 1998 furono respinte nel nostro paese due iniziative legislative - coincidenti nei punti fondamentali - orientate alla depenalizzazione della eutanasia. (...) La proposta di legge organica di depenalizzazione dell'eutanasia presentata dal Gruppo Parlamentare Federale di Izquierda Unida conteneva una laconica - ma espressiva - Esposizione dei Motivi: (...). Di conseguenza, si proponeva la modificazione dell'art. 143.4 del vigente Codice Penale nei seguenti termini: "Non incorrerà in alcun delitto del presente titolo colui che causerà o coopererà attivamente con azioni necessarie e dirette alla morte di altri, (...)". (...) Nella sessione plenaria del 17 febbraio 1998 si sottopose a votazione tale proposito di legge, con il seguente risultato: 25 voti a favore, 288 contro e 6 astensioni. La proposta di legge organica relativa alla disponibilità della propria vita presentata dal Gruppo Parlamentare Misto era più avanzata se si tiene conto del fatto che pretese incidere non solo sul Codice Penale, ma anche su determinati articoli della legge generale della sanità, per introdurre nel nostro ordinamento giuridico il diritto del paziente a decidere liberamente, una volta informato, il trattamento da applicargli, come presupposto del riconoscimento della volontà di morire dell'ammalato; considerando - si affermava nell'esposizione dei motivi - la convenienza della situazione eutanasi si risolve nella metà dei casi, in un contesto medico assistenziale. (...) In ogni caso, mi interessa semplicemente mettere in risalto il fatto che la redazione che si propose per l'art. 143.4 del nostro Codice Civile (da me molte volte menzionato) era la seguente: "Resterà esente da pena chi, mediante atti necessari o di cooperazione attiva, permetterà, propizierà o faciliterà la morte degna e senza dolore di un'altra persona, a petizione espressa, o libera ed inequivoca di questa, in caso che esista una malattia grave che avrebbe portato inevitabilmente alla sua morte o lo avrebbe pregiudicato gravemente dandogli sofferenza permanente e di difficile sopportazione, o che, essendo permanente, gli avrebbe arrecato un'inabilitazione generale per assistere se stesso". Anche nella sessione plenaria del 17 febbraio 1998 fu respinto tale presupposto legislativo. In questo caso, il risultato della votazione fu praticamente lo stesso della prima iniziativa parlamentare esaminata: 24 voti a favore, 289 contro e 5 astensioni. Voglio sperare che questo rifiuto opposto dalla maggioranza ad entrambe le proposte di legge, depenalizzando l'eutanasia, sia solamente un semplice rinvio a soluzioni più vicine alle idee che tutti abbiamo e che esprimono senza dubbio la sensibilità dei cittadini riguardo a questo tema. Rimarremo in attesa». In **N. GARCÍA RIVAS**, *Depenalizzazione dell'eutanasia nell'Unione Europea: autonomia e interesse del paziente*, in *Rivista Penale*, n. 11, 2003, pp. 15-30, si ricordano le iniziative legislative del 1998 e dell'anno 1999: "Durante la passata legislatura si costituì una Commissione Speciale nel Senato, che contò sulle dichiarazioni di un'ampia gamma di professionisti che non



conclusero le proprie operazioni (Le sessioni della Commissione di studio sull'eutanasia furono pubblicate nel diario della sessione del Senato come segue: VI legislatura Commissione. Num. 307, del 16 giugno 1998; num. 365, del 18 novembre 1998; num. 414, del 8 aprile 1999; num. 421, del 20 aprile 1999; num. 481, del 27 settembre 1999; num. 501, del 21 ottobre 1999; num. 502, del 26 ottobre 1999 e num. 517, del 18 novembre 1999)”, e le iniziative parlamentare del 2002: «d'altra parte, in questo stesso anno furono presentate proposte di legge da parte di Izquierda Unida e da parte di Iniziativa per Catalunya, le quali rimarcano la linea depenalizzatrice degli altri paesi dell'Unione Europea. La prima, dell'11 giugno 2002, vorrebbe una riforma dell'art. 143.4 CP che lasci senza sanzione i presupposti contemplati in essa, ma aggiungendo espressamente la “sofferenza psichica”. (...). Questa meritevole riforma è stata presentata nel Camera dei Deputati da parte del gruppo parlamentare IC-Verdi, il 1° ottobre 2002. In essa si offre un modello di disciplina differente rispetto a quelli anteriori che interferisce non solo sul Codice Penale ma anche sulla Legge Sanitaria. Rispetto al Codice Penale aumenta i presupposti patologici, permettendo la pratica dell'eutanasia, aggiungendo ai due previsti dall'art. 143.4 CP un terzo del seguente tenore: “che (la persona) che si trovi in situazione di sofferenza permanente e di difficile sopportazione ... che, essendo permanente, gli arrechi un'incapacità generale ad assistere se stesso”».

⁵ Nel 2004 si distinguono due principali proposte di legge datate 23 aprile 2004. La prima di esse è presentata dal Gruppo Parlamentare di Ezquerra Republicana (ERC) e mira a modificare la Legge Organica 10/1995, del 23 novembre, del Codice Penale e la legge 14/1986 del 25 aprile, Legge sanitaria generale. Secondo la proposta (Articolo 1) “Il comma 4 dell'articolo 143 della Legge Organica 10/1995, dl 23 novembre, del Codice Penale, assume la seguente forma: 4. Rimarrà esente da pena chi, mediante atti necessari o di cooperazione attiva, permetterà o faciliterà la morte degna e senza dolore di un'altra persona, su petizione espressa, libera e inequivoca di questa, nel caso in cui soffra di una malattia grave che l'avrebbe condotta necessariamente alla morte o le avrebbe provocato una grave sofferenza permanente e difficile da sopportare”. Nell'articolo 2, questa prima iniziativa parlamentare modifica in forma parziale la Legge sanitaria generale, per introdurre il diritto del paziente a decidere liberamente, una volta informato, il trattamento medico che deve essergli applicato, come riconoscimento della volontà di morire della persona malata, tenendo conto della convenienza delle situazioni eutanasiche che si risolvono, nella misura in cui ciò sia possibile, in un contesto medico assistenziale. La proposta non si limita a eliminare le insufficienze che la vigente Legge sanitaria generale presenta, ma propone anche un modello applicabile a tutti i tipi d'interventi medici. Detto modello si assicura che qualsiasi consenso compia alcune ineludibili condizioni di capacità e validità, si consolidi l'intervento sussidiario dei rappresentanti dei pazienti in condizioni chiaramente stabilite e, solo eccezionalmente, e si permette di intervenire in forma medica laddove si verifichi la mancanza di conformità all'intervento precedentemente menzionato. Dalla redazione letterale del suo secondo articolo si estraggono gli articoli concreti della Legge sanitaria generale del 1986 che si pretendono modificare attraverso questa iniziativa parlamentare: “I numeri 6 e 9 dell'articolo 10 della Legge sanitaria generale 14/1986, del 25 aprile, furono redatti nella seguente maniera (...): 2. Si aggiunse un nuovo articolo 10 bis alla Legge sanitaria generale 14/1986, del 25 aprile, con la seguente redazione (...). 3. Il comma 4 dell'articolo 11 della Legge sanitaria generale 14/1986 del 25 aprile, fu soppresso”.



legge erano orientate alla depenalizzazione dell'eutanasia, sono state respinte. In realtà dobbiamo dire che il legislatore è stato obbligato a intervenire nel conflitto e ad adottare una soluzione accettabile dalla maggioranza, che obbedisca all'unico parametro legittimo dello Stato di Diritto: le norme costituzionali, considerando anche che, su questa linea, ogni volta urge di più la necessità di una disciplina espressa del problema⁶.

La situazione appena descritta implica che il sistema giuridico dell'eutanasia in Spagna si debba studiare attraverso una serie di materie direttamente relazionate. Queste risultano imprescindibili per

La seconda proposta di legge alla quale ci riferiamo, ugualmente del 23 aprile del 2004, fu presentata dal Gruppo Parlamentare di *Izquierda los Verdes-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verdes* ed era una proposta di Legge sulla disponibilità della propria vita. Questa proposta di legge organica implica una riforma del Codice Penale in modo tale da esimere dalla pena chi permetta o faciliti la morte degna di un'altra persona, su richiesta di questa, o in caso di malattia grave che le impedisca di avvalersi di se stesso.

⁶ **F. MUÑOZ CONDE**, *Diritto penale*, cit., pp. 75- 80: "La difficoltà di risolvere questi casi limite in via interpretativa, data la ridotta redazione del comma 4 dell'art. 143, che solo riconosce, ai supposti attivi, le attenuazioni qualificate della pena, e le stesse connotazioni emotive o valorizzate, difficilmente obiettivizzabili, che sempre incidono sulle valutazioni di questo tipo (curiosamente il delitto è stato escluso dall'ambito del giudizio tramite giuria), hanno permesso una regolamentazione specifica del problema simile a come si sta prospettando in altri paesi, e non solo nel suo aspetto penale, ma anche rispetto dell'elaborazione di tutto un procedimento che permetterà adottare decisioni di questo tipo con le necessarie garanzie, tanto per il paziente, così come per il personale medico che deve mettere in pratica queste misure", e **O. QUINTANA TRIAS**, *Prospettiva politico- legislativa sull'eutanasia*, in *Umanitas, Umanitatis mediche*, vol. 1, n. 1, gennaio-marzo 2003, pp.61- 66, qui pp. 61 e 66: "La richiesta di eutanasia di un paziente terminale con molta sofferenza è eccezionale e può essere risolta quasi sempre con una cura palliativa, tuttavia è possibile che alcuni pazienti persistano nella loro richiesta. Affinché essa possa risolversi, è necessario regolare l'eutanasia dopo un ampio dibattito sociale, perfettamente fattibile in Spagna. (...). In definitiva, l'eutanasia necessita di una regolamentazione perché è una situazione che, sebbene sia eccezionale, non si può scartare. Ciononostante, mi pare chiaro che qualsiasi regolamentazione non potrà impedire che ci siano casi non coperti e senza controllo, sebbene questi casi esistano già oggi. (...). In definitiva, secondo me si deve regolamentare l'eutanasia perché, sebbene sia una situazione eccezionale, conferisce ai cittadini la tranquillità di potere utilizzare questa opzione come ultimo ricorso. Credo, inoltre, che la società spagnola sia sufficientemente matura per dibattere apertamente sull'eutanasia come passo preliminare alla sua disciplina". Anche in **C. FIBLA**, *Dibattito sull'eutanasia*, Editore Planeta, s.l., 2000, p. 29, **S. PANIKER**, segnala: "Molti giuristi sostengono che il diritto a una morte degna richieda una legge. Una legge nella quale si stabiliscano i limiti di questo diritto e si evitino gli abusi. Gli stessi medici si sentono sprovveduti. Giunge un momento nel quale non è più sufficiente il codice deontologico: sentono la mancanza di una certezza giuridica".



uno studio completo della stessa, rispetto alla quale esistono leggi o, quanto meno, alcune altre discipline giuridico-positive vigenti che devono essere analizzate. Queste materie sono: il diritto alla vita e la sua possibile relazione con determinati diritti fondamentali⁷; il diritto

⁷ Si deve segnalare: in primo luogo, l'articolo 10.1 della Costituzione spagnola (Articolo 10.1 CE: "La dignità della persona, i suoi diritti inviolabili, il libero sviluppo della personalità, il rispetto della legge e dei diritti degli altri sono i principi fondamentali dell'ordinamento politico e della pace sociale"), che fa riferimento alla "dignità" della persona, si configura, da una parte, come il principio informatore e la ragione di tutti i diritti basilari dell'uomo riconosciuti come fondamentali dalla Costituzione Spagnola, sui quali essa si proietta, e dall'altra, funziona come filtro interpretativo, integrativo e valorativo, così come un limite per far fronte all'attività tanto dei poteri pubblici come degli individui, alludendo al "libero sviluppo della personalità", utilizzato, in occasione, per giustificare il diritto alla disponibilità della propria vita. In questo senso, tanto i diffamatori così come i sostenitori dell'eutanasia hanno fatto riferimento, tradizionalmente e sovente, nelle loro argomentazioni, alla capacità di convincimento, presuntivamente definitiva, di tale dignità umana: vedi **A.M^a MARCOS DEL CANO**, *L'eutanasia, studio filosofico-giuridico*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcellona, 1999, p. 233, nel quale può leggersi, alla nota 1: «Gran parte delle richieste di legittimità dell'eutanasia alludono, come fondamento dei suoi allegati, al denominato "diritto a morire con dignità". Allo stesso modo, le associazioni che lottano per l'omologazione giuridica dell'eutanasia si chiamano in quasi tutti i paesi "Associazioni per il Diritto a Morire con Dignità". (...) In Spagna (...) esiste dal 1984 l'Associazione del Diritto a Morire Dignamente, iscritta nel Registro del Ministero degli Interni il 13 dicembre 1984 con il numero 57.889".

In secondo luogo, l'articolo 15 della Costituzione Spagnola (Articolo 15 CE: "A tutti è riconosciuto il diritto alla vita e all'integrità fisica e morale, per questo, in nessun caso, nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani e degradanti. Si abolisce la pena di morte, salvo quella prevista dalla legge militare in tempo di guerra"), che costituì una novità nella nostra tradizione costituzionale, per avere introdotto il "diritto alla vita", come diritto fondamentale nel nostro paese. In terzo luogo se deve menzionare l'articolo 1,1 della CE, che dichiara che "la Spagna si costituisce in uno stato sociale e democratico di diritto, che sostiene, come valori superiori del suo ordinamento giuridico, la libertà, la giustizia l'uguaglianza e il pluralismo politico", e che serve come punto di partenza per lo studio di tutto ciò che riguarda il cosiddetto diritto di libertà.

Lo sviluppo legislativo del diritto fondamentale della libertà religiosa, nel nostro ordinamento giuridico, è avvenuto per mezzo della Ley Orgánica de la Libertad Religiosa (Legge Organica della Libertà Religiosa 7/1980, del 5 luglio 1980, della Libertà Religiosa, B.O.E. (Bollettino Ufficiale dello Stato) del 24 luglio 1980, numero 177). Questa legge riassume in 8 articoli, ai quali si aggiungono due disposizioni transitorie, i diritti che assistono la persona individuale dal punto di vista religioso, così come i tratti più generali dello statuto della confessione religiosa e, dovuto al carattere generale della stessa, è stata giustificata da alcuni autori in dottrina come legge-quadro, nel senso che contiene criteri molto generali confacenti alle diverse confessioni con distinte caratteristiche. Infine, è da segnalare che i diritti fondamentali in generale, e quelli che sono stati fin qui analizzati in particolare, devono essere interpretati alla luce dell'applicazione del principio personalista, che rende la persona



all'informazione e al libero consenso del paziente prima di ricevere trattamenti medici vitali⁸; la regolamentazione che realizza l'articolo

il titolare originario di tutti e di ciascuno dei Diritti Umani Fondamentali e, specialmente, dei diritti fondamentali in gioco (cfr. D. LLAMAZARES, *Diritto della libertà di coscienza, (I). Libertà di coscienza e laicità*, Editoriale Civitas, 2^a ed. rielaborata e aggiornata, Madrid, 2002, p. 277). Questo personalismo è rimasto consacrato dall'articolo 10.1 della CE: "La dignità della persona, i diritti inviolabili che le sono inerenti, il libero sviluppo della personalità, il rispetto della Legge e dei diritti degli altri sono fondamento dell'ordine pubblico e della pace sociale", e il personalismo che il detto precetto consacra non è il personalismo individualista libero, ma quello che qualche autore ha chiamato personalismo sociale.

⁸ Il diritto all'informazione dei malati è stato sottolineato, per esempio, dall'articolo 10.5 della Legge Generale di Sanità (Legge 14/1986, del 25 aprile, BOE 101/1986, del 29 aprile del 1986) che dispone: "Tutti hanno i seguenti diritti nei confronti delle distinte amministrazioni pubbliche sanitarie: 5. Che si fornisca, utilizzando termini comprensibili, al malato e ai suoi familiari o congiunti, un'informazione completa o continuata, verbale e scritta, facendo riferimento alla sua situazione, includendo diagnosi, prognosi e trattamenti alternativi".

È necessario mettere in risalto nella Legge Generale di Sanità anche lo studio dell'articolo 10.6 ("Tutti hanno i seguenti diritti rispetto alle distinte amministrazioni pubbliche sanitarie: 6. Alla libera elezione tra le opzioni presentate dal responsabile medico del caso concreto, essendo indispensabile il preventivo permesso scritto dal beneficiario per la realizzazione di qualsiasi intervento eccetto nei seguenti casi: a) Quando il non intervento supponga un rischio per la salute pubblica; b) Quando non è capace di prendere decisioni, nel qual caso, il diritto corrisponderà ai suoi familiari o persone congiunte; c) Quando l'urgenza non permette ritardi tali da causare lesioni irreversibili o se esiste pericolo di morte"), che induce all'analisi delle seguenti interessanti questioni: a) che il permesso del paziente riveste una importanza insostituibile, in quanto la legislazione e la giurisprudenza hanno configurato il trattamento medico come un diritto alla libera scelta tra le opzioni che gli presenta il rappresentante medico nel suo caso, essendo indispensabile il previo permesso scritto del beneficiario per la realizzazione di qualsiasi intervento; b) che in questo precetto si riuniscono quelli che potremmo denominare casi di trattamento obbligatorio di stato di necessità; e c) che nell'enunciato del secondo supposto di trattamento obbligatorio si denota una espressione imprecisa e carente di tecnica giuridica, perché autorizza un familiare di qualsiasi grado a dare l'assenso, includendo anche chi non abbia nessuna relazione con l'incapace o permettendo che un familiare o un congiunto acconsenta l'intervento, senza contare l'assenso del rappresentante legale o addirittura contro la propria volontà del paziente. Il comma 9 dello stesso articolo 10 della Legge sanitaria generale ("Tutti hanno i seguenti diritti nei confronti delle distinte amministrazioni pubbliche sanitarie: 9. A negarsi a ricevere il trattamento eccetto nei casi segnalati nel comma 6; dovendo, in questo caso, sollecitare l'uscita volontaria nei termini segnalati dal comma 4 dell'articolo seguente") è in diretta relazione con i casi segnalati di trattamento obbligatorio.

Il diritto all'informazione dei malati è stato segnalato dal Codice di Deontologia medica del Consiglio Generale dei Collegi Ufficiali di Medici di Spagna, del 21 maggio 1979. In concreto, in questo articolo 22 si legge che "il medico deve informare riguardo alle ragioni di qualsiasi misura diagnostica o terapeutica, se fossero state sollecitate da qualcuno, sempre con una forma che non risulti pregiudiziale per il malato". Più di



143.4 del nuovo Codice Penale Spagnolo del 1995⁹; la volontà di morire del paziente espressa mediante il testamento vitale¹⁰; e, infine, il regime

recente, il Codice di Etica e Deontologia Medica dell'Organizzazione Medica Collegiale (1999) si riferisce anch'esso al diritto all'informazione dei malati: in esso sono molti gli articoli che fanno riferimento al diritto all'informazione dei malati, come, ad esempio, gli articoli 9, 10 e 27.

⁹ A tale proposito, risulta interessante osservare che i Codici Penali Spagnoli sono stati molto influenzati, lungo la storia, dalla confessionalità cattolica o no dello Stato, secondo il momento storico, cioè, che nella maggior parte dei casi, sono stati un fedele e chiaro riflesso dell'etica religiosa cattolica dello Stato in ogni epoca. Tuttavia, il Codice Penale spagnolo attuale, del 1995, si è astenuto definitivamente da ogni resto di religiosità che sussisteva nel Codice anteriore, così da far scomparire completamente una maggiore tutela a favore della chiesa cattolica e delle credenze cattoliche. Nella cornice del Codice Penale vigente dal 1995 (Legge Organica 10/1995, del 23 novembre) avverrà, quando si osservi una petizione espressa, seria ed inequivocabile di un malato, che soffra una infermità grave che conduca necessariamente alla sua morte, o che produca gravi sofferenze permanenti e difficili da sopportare (numero 4 dell'articolo 143 anteriormente citato), il momento in cui "sembrerà" di trovarsi di fronte al delitto tipizzato come eutanasia attiva o diretta. Diciamo che "sembrerà" di trovarsi di fronte a questa figura nel detto precetto perchè così è stato inteso dalla dottrina maggioritaria e dalla nostra dottrina giurisprudenziale, ma non perchè si deduca così dalle parole dello stesso, dove la parola eutanasia non compare in nessun momento. Il trattamento giuridico che si dispensa nell'attualità *de iure condito* per questi casi definiti di eutanasia, nel nostro ordinamento giuridico, come eutanasia attiva e diretta, è punirli in forma attenuata rispetto ai casi tipici di omicidio (articolo 138 del Nuovo Codice Penale), assassinio (articolo 139 dello stesso) e aiuto esecutivo al suicidio o omicidio consentito (dall'articolo 143.3 del citato testo legale).

¹⁰ In questo senso, l'articolo 11 della cosiddetta Legge Basica Regolatrice della Autonomia del Paziente e dei Diritti e Obbligazioni in Materia di Informazione e Documentazione Clinica (Legge 41/2000 del 14 novembre, BOE numero 274, del 15 novembre 2002) regola minuziosamente l'uso di documenti denominati "testamenti vitali" o, come preferisce chiamarli la legge, "documenti d'istruzione preventiva". L'articolo 11, secondo noi, contiene un elemento di confusione nella sua redazione perchè richiede che queste istruzioni siano eseguite per iscritto. La controversia più importante che risolve questo articolo 11 della Legge 41/2002 è quella di conferire piena efficacia a tutti quei documenti contenenti le istruzioni preventive che sono state manifestate e formalizzate dai pazienti e concordanti con le leggi regionali che, su questa materia, sono state promulgate e si continueranno a promulgare dopo l'approvazione di questa legge su tutto il territorio nazionale spagnolo. A partire dall'anno 2000, i Parlamenti delle distinte Regioni Autonome del nostro paese hanno promulgato diverse leggi, che hanno regolato concretamente questa materia. Si può affermare, inoltre, che la figura del testamento vitale o documento di volontà anticipata è stato regolato e permesso, in primo luogo, dalle distinte Regioni Autonome: Vedi **L. ROJO-ALVAREZ MANZANEDA**, *Il testamento vitale nella legislazione delle Regioni Autonome*, in *Rivista Generale di Diritto Canonico e Diritto Ecclesiastico dello Stato*, 2003 (in www.iustel.com). Le Comunità Autonome che in questo momento hanno Leggi Autonome Regolatrici di questa materia sono, per ordine di



giuridico dell'eutanasia, nell'ambito regionale europeo come conseguenza della protezione dei Diritti Umani¹¹.

anzianità: Catalogna, Galizia, Estremadura, Madrid, Aragona, La Rioja, Navarra, Cantabria, Paesi Baschi, Valencia, Isole Baleari, Castiglia-Leone e Andalusia.

¹¹ Nel quale è possibile differenziare: a) il trattamento conferito all'eutanasia nell'ambito della cooperazione intergovernativa in seno al Consiglio d'Europa, dove si distaccano due strumenti fondamentali: il primo di essi, la Convenzione Europea per la protezione dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950; diversi articoli di questa Convenzione trattano questioni intimamente relazionate con il nostro oggetto di studio, in particolare, la protezione del diritto alla vita di tutta persona e la proibizione della tortura e delle pene o modi inumani e degradanti. Tuttavia anche altre clausole della Convenzione hanno un'incidenza indiretta sul tema che stiamo considerando, come, per esempio, quando ci si riferisce al diritto al rispetto alla vita privata e familiare, alla libertà di pensare, di coscienza e di religione e alla proibizione di qualsiasi tipo di discriminazione. Alcune delle questioni inerenti al possibile attrito tra questi diritti protetti dalla Convenzione e l'eutanasia sono state sottoposte all'osservazione del Tribunale Europeo dei Diritti Umani negli argomenti: "Ramon Sampredo contro Spagna" (Procedimento numero 25.949/94; anno 1995) e "Pretty contro Regno Unito" (Sentenza del Tribunale Europeo dei Diritti Umani, del 29 aprile 2002, argomento "Pretty contro Regno Unito", 2002/23- sezione 4°- Procedimento numero 2346/2000, *Reports of Judgments and Decisions* 2002- III). Nella prima causa, il non aver esaurito le vie dei ricorsi interni spagnoli impedì alla Commissione Europea dei Diritti Umani (organo del Tribunale Europeo dei Diritti Umani incaricato di filtrare i ricorsi al Tribunale sopra menzionato, e che oggi giorno ha smesso di funzionare) di valutare in profondità gli argomenti allegati dagli avvocati di Ramon Sampredo, respingendo la richiesta di Sampredo. Nel secondo procedimento, i magistrati del Tribunale Europeo capirono che il rifiuto delle autorità britanniche a permettere che lo sposo della Signora Pretty la aiutasse a commettere suicidio non vulnerava nessuno dei diritti riconosciuti nella Convenzione Europea. Il secondo strumento che tratta la problematica dell'eutanasia sarebbe la Convenzione Europea, del 4 aprile 1997, sulla Protezione dei Diritti Umani e della Dignità dell'Essere Umano con rispetto alle applicazioni della Biologia e della Medicina (comunemente chiamata Convenzione Europea dei Diritti Umani e della Biomedicina, o Convenzione di Oviedo): firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, detta Convenzione fu ratificata dalla Spagna il 1° Settembre 1999 (BOE n. 251, del 20 ottobre 1999; correzione di errori: BOE n. 270, dell'11 novembre 1999), entrando in vigore nel nostro paese il 1° gennaio 2000. Nelle sue clausole si garantisce, da un lato, l'esigibilità del diritto all'informazione e la conseguente autorizzazione previa o consenso da parte del malato o persona interessata, e, dall'altro, la piena validità dei testamenti vitali, che alcuni autori osano ancora mettere in dubbio. Insieme a questi due strumenti fondamentali, esistono strumenti giuridicamente non vincolanti, come può essere il caso di due importanti Raccomandazioni dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa dirette al Consiglio dei Ministri, adottate nel 1976 e nel 1999, dove si fa riferimento ad alcune delle questioni che suscita la problematica dell'eutanasia; b) il trattamento dell'eutanasia nell'ambito del processo d'integrazione europea, dove una delle principali novità che contiene il Trattato, attraverso il quale si stabilisce una Costituzione per l'Europa, approvato "ad referendum" nel Consiglio Europeo di Bruxelles effettuato i giorni 17-18 giugno 2004, è stata la incorporazione della Carta dei Diritti Fondamentali, testo che fino a quel momento non aveva valore normativo.



Una volta stabilita la normativa applicabile in Spagna alla problematica dell'eutanasia nella sua connessione con materie affini, passiamo ad analizzare le tematiche riferite alla natura giuridica e al fondamento della figura, per arrivare così, attraverso un processo induttivo, alla determinazione concettuale dell'eutanasia.

3 - Natura giuridica dell'eutanasia

Inizieremo studiando tutto ciò che concerne la natura giuridica dell'eutanasia, cominciando con un'analisi di qual è stata ed è nell'attualità, secondo la giurisprudenza e la dottrina che studia queste questioni, la natura giuridica del tipo attenuato dal paragrafo 4 dell'articolo 143 del Codice Penale, concludendo, nella parte finale di questa sezione, con la nostra opinione sulla natura giuridica della stessa.

Rispetto della corrente dominante, che considera che la natura giuridica dell'eutanasia trovi il suo fondamento nel carattere delittuoso della condotta eutanasi, non abbiamo potuto non pronunciarci contro questa tendenza, sostenendo invece un'aperta impunità dell'attività eutanasi¹². In questo senso consideriamo che, affinché si possa

Trattandosi di valori fondamentali per l'essere umano, gli articoli II-1 a II-4 della Carta dei Diritti Fondamentali regolano materie affini e relazionate con l'oggetto del nostro studio, cioè, la dignità umana, il diritto alla vita, il diritto all'integrità della persona, e la proibizione della tortura e delle pene o modi inumani e degradanti. Dallo studio del tenore letterale di questi articoli della Costituzione Europea si deduce che la loro redazione, rispetto ai valori fondamentali della persona che si relazionano con l'eutanasia e che risultano imprescindibili per uno studio completo della stessa, è stato abbastanza timido e innovatore, nel senso che trascrivono, potrebbe dirsi quasi letteralmente, il testo di determinati articoli della Convenzione Europea per la protezione dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali del 1950, senza osare andare oltre nella protezione e salvaguardia di questi valori fondamentali della persona.

¹² Rispetto alla questione relativa alla conferma o no del carattere delittuoso dell'eutanasia, così come si stabilisce tanto nel nostro ordinamento giuridico come in altri ordinamenti, si dovrebbe concludere che la stessa non è punibile, si osserva che: a) da un lato, nel caso dell'eutanasia passiva, sempre che esista il consenso del paziente, si deve ammettere la sua impunità; b) dall'altro lato, nelle ipotesi di eutanasia indiretta, allo stesso modo si deve ammettere la sua impunità; e, c) infine, nelle ipotesi di eutanasia attiva, un settore considera che si debba mantenere la sua impunità perché considera che esiste una situazione giustificata, dato l'interesse prevalente della disponibilità della propria vita, del diritto ad una morte dignitosa, del diritto alla libertà personale, del diritto a non sopportare trattamenti inumani e degradanti, ecc., o perché la persona agisce in una causa di discolora, mentre un'altro settore della dottrina intende la condotta illegale, indipendentemente dall'esistenza di



affermare, d'accordo con la nostra opinione, che l'eutanasia è un atto non punibile, si deve determinare, in primo luogo, che ci troviamo di fronte a un vero caso di eutanasia: solo quando un'attività di questo tipo riunisce tutti gli elementi strutturali che si esigono nel suo concetto, possiamo affermare che detta attività compie le speciali condizioni di garanzia che ci permettono di concludere che l'eutanasia, almeno *de iure condendo*, dovrebbe giustificarsi e non essere punibile.

Detto questo, si presenta la questione di determinare il fondamento che ammette l'eutanasia come un atto non punibile. La maggior parte degli autori basa il fondamento di questa posizione sul consenso del paziente. Secondo la nostra opinione, detto consenso del paziente non è sufficiente, da solo, a dare fondamento alla non punibilità della condotta eutanasi e deve collegarsi con un secondo elemento, ossia la situazione oggettiva sopravvenuta, cioè, la situazione di malattia terminale e irreversibile prossima alla morte nella quale deve trovarsi il paziente o il soggetto al quale si pratica l'eutanasia¹³.

circostanze attenuanti della responsabilità penale. Il problema consiste nel fatto che si continuano a utilizzare termini come "delitto eutanasi" e che la tendenza dottrinale dominante nell'attualità si inclina verso la punibilità del concetto ampio di eutanasia, perchè lo considera un delitto; esiste allo stesso tempo un'altra posizione minoritaria, alla quale noi aderiamo, che è incline a un'aperta impunità dell'attività eutanasi: nelle parole di Francisco Muñoz Conde: "la regolamentazione prevista nell'articolo 143.4 è stata accolta con riserva e critiche, anche se, in generale, si valuta positivamente l'attenuazione della pena e si pensa che si dovrebbe essere arrivati all'estinzione totale della pena", F. MUÑOZ CONDE, *Diritto penale*, cit., pp. 75-80; in C. TOMAS-VALIENTE LANUZA, *La cooperazione al suicidio e l'eutanasia nel nuovo C.P. (art. 143)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, ci indica: "(...) la polemica sul carattere attivo o omissivo del comportamento è andata progressivamente perdendo l'importanza che prima sembrava avere, per quanto a poco a poco venissero sorgendo nella dottrina diverse posizioni favorevoli all'impunità della condotta incluso partendo dalla sua classificazione come attiva". Le posizioni intermedie tra queste due difendono, unicamente, una riduzione della pena del delitto dal quale si deve partire.

¹³ Come già nel 1993 si poteva leggere in J. DE ESTABAN, P.J. GONZALEZ-TREVIJANO, *Il diritto alla vita, Corso di Diritto Costituzionale Spagnolo*, t. II, pubblicazione della Facoltà di Diritto della Università Complutense di Madrid, Madrid, 1993, pp. 28-38, in questo senso: "(...) esiste un problema legale laddove il paziente né ha lasciato testamento vitale né è in condizione di manifestare la sua opinione coscientemente. Secondo la opinione di Gimbernat, in questi casi, l'eutanasia praticata da un medico non sarebbe punibile, se si presenta un processo irreversibile che condurrebbe alla morte del paziente o al mantenimento della sua vita in forma artificiale (...)". In E. GIMBERNAT ORDEING, *Eutanasia, Costituzione e Diritto penale*, in AA.VV., *Eutanasia oggi. Un dibattito aperto* (Martinez, Salvador; Prologo di P. Lain Entralgo), Noesis, Collezione Humanidades Medica, Madrid, 1996, pp. 207-269, si segnala, con corretto criterio a nostro avviso, che: "(...) l'argomentazione utilizzata fino al momento in cui la volontà del paziente giustifica penalmente l'eutanasia in qualsiasi delle sua forme (...). Tuttavia, esistono due ipotesi nelle quali la soluzione



Tale elemento, allo stesso tempo, giustifica perfettamente che l'eutanasia si possa considerare un atto non punibile o esente da responsabilità criminale perché determinata dall'esistenza dello stato di necessità¹⁴.

giuridica non si estrae da criteri di consenso, ma dalla stessa situazione oggettiva sopravvenuta. Prima ipotesi: se il pronostico dell'infermo o dell'accidentato è mortale e il male è già entrato in un processo irreversibile, non esiste responsabilità penale alcuna quando il medico non attua o non mantiene le misure di assistenza già iniziate. (...). La seconda ipotesi nella quale la situazione oggettiva rende il consenso giuridicamente irrilevante è quello delle persone che, anche se non morte cerebralmente, si trovano in coma irreversibile senza possibilità di recuperare la conoscenza (...)" **A. ASCUAL LOPEZ**, *Cure palliative*, in *Humanitas, Humanidades Medicas*, Vol. 1, n. 1, gennaio-marzo 2003, pp. 85-92, afferma, rispetto alla malattia terminale ed irreversibile: "La situazione terminale di ogni infermo, e pertanto la sua incurabilità e un pronostico di vita corta, abitualmente inferiore a 6 mesi, deve essere rigorosamente confermata. Si identifica attualmente con il cancro incurabile, data la sua elevata incidenza e mortalità. Nel momento attuale, la metà degli infermi con diagnosi di cancro muoiono per il progredire di questo (...). La malattia terminale porta ad un intenso soffrire del paziente e anche dei suoi cari, il cui sollievo è un diritto come per tutte le persone (...)"

¹⁴ Vedi art. 8 n. 7 del Codice Penale Spagnolo vigente fino all'entrata in vigore del Nuovo Codice Penale del 1995: "Sono esenti dalla responsabilità penale: 7°. Coloro che, spinti da uno stato di necessità, (...)" e art. 20 n. 5 del Nuovo Codice Penale spagnolo del 1995 (Legge Organica 10/1995, da 23 novembre): "Sono esenti dalla responsabilità criminale: 7°. Quelli che, in stato di necessità, (...)". In **F. MUÑOZ CONDE**, *Diritto penale*, cit., pp. 75-80, l'autore ci indica: "Così, per esempio, nel caso della morte del tetraplegico Ramon Sampedro sarebbe, a mio giudizio, indifferente, se egli stesso avesse preso il bicchiere nel quale qualcuno avesse versato il veleno, che un terzo lasciò alla sua portata, o se il veleno lo avesse iniettato la stessa persona che lo aiutò a morire, poiché l'importante è sapere (e provare) se ci sono i presupposti dello stato di necessità, cioè, se la sua richiesta era espressa, seria ed inequivocabile, cioè, oggettivamente razionale, e se la sua malattia gli produceva gravi sofferenze permanenti e difficili da sopportare, anche se non necessariamente lo avrebbero condotto alla morte a breve termine (in realtà visse per 20 anni, immobile in un letto, senza potersi valere di se stesso neanche per la funzioni fisiologiche più elementari)". Come può vedersi, l'Autore sostiene anche che l'importante è sapere e provare se ci sono i presupposti dello stato di necessità. Sulla consonanza con questa tesi sorge ora una questione interessante, sulla quale torneremo più avanti, che però deve essere commentata sin da adesso. Se analizziamo la frase "la sua malattia gli produce (al paziente) gravi sofferenze permanenti e difficili da sopportare, anche se non necessariamente lo condurranno alla morte a breve termine", si solleva, in riferimento a questo studio, una questione basilare e polemica in ordine al caso del Signor Sampedro, come può essere quella del concetto di eutanasia. Inoltre, intendiamo che questa situazione oggettiva sopravvenuta, cioè, la situazione di malattia terminale irreversibile che porta ad una morte prossima in cui deve trovarsi il paziente dell'eutanasia, è il migliore fondamento per far sì che l'eutanasia si possa considerare un atto non punibile, per l'esistenza dello stato di necessità, che attua come causa di giustificazione. D'accordo con la nostra opinione, non possono esistere ipotesi



Dal nostro punto di vista, sebbene il nostro Codice Penale vigente standardizzi *de iure condito* l'eutanasia come delitto, ciò non deve essere un ostacolo affinché i nostri Tribunali di Giustizia possano avere un diverso apprezzamento. Una pronuncia giurisprudenziale che ha esaminato il tema con audacia e dalla quale si può ricavare, tramite un'interpretazione *e contrario sensu* delle sue parole, il ragionamento qui difeso, è rappresentata dalla Sentenza del Tribunale Costituzionale 120/1990 del 27 giugno. Seguendo una linea che dà ai Tribunali l'opportunità di pronunciarsi sopra la questione, riteniamo che si possa tentare di adottare nel diritto attuale l'idea che dava il Codice Penale Spagnolo del 1928, nel suo articolo 517.2, rispetto ai delitti d'induzione, concorso e concorso esecutivo al suicidio, lasciando all'arbitrio del Tribunale la possibilità di attenuare la pena e tenendo in considerazione le circostanze personali del colpevole, i moventi della sua condotta e le circostanze del fatto: questa è la linea di attuazione seguita nella Sentenza del Tribunale Costituzionale 154/2002 del 18 luglio¹⁵.

eutanasiche svincolate dalla esistenza di una malattia terminale poiché, come si spiegherà più avanti, si tratta di uno dei requisiti necessari o uno degli elementi strutturali basilici di questo concetto, che deve osservarsi sempre, affinché si possa parlare di eutanasia e di azione eutanastica. Questo ci porta a indicare che nel caso del Signor Sampedro dobbiamo dire che ci stiamo davanti a un vero caso d'eutanasia, dato che in questo caso il soggetto non soffriva di nessuna malattia terminale, che lo avrebbe condotto alla morte a breve termine, solo di una malattia cronica (tetraplegica), che colpiva la sua qualità di vita perché gli produceva gravi sofferenze permanenti e difficili da sopportare che lo obbligarono a giacere in un letto per 20 anni, immobile senza poter disporre di se stesso. In questo caso non si osserva, secondo noi, il fondamento attraverso il quale l'eutanasia può considerarsi un atto non punibile giustificato dall'imminente stato di necessità.

¹⁵ Articolo 517 del Codice Penale Spagnolo del 1928: "Colui che presta soccorso o induce un altro al suicidio sarà punito con una pena da quattro ad otto anni di prigione: se lo presta al punto di provocare lui stesso la morte, la prigione sarà da sei a quindici anni. Ciò nonostante, in tutti i casi del paragrafo anteriore, i Tribunali terranno in considerazione le condizioni personali del colpevole, i moventi della sua condotta e le circostanze del fatto, potranno a loro prudente arbitrio imporre una pena inferiore a quella segnalata per il delitto". Questo articolo 517 del Codice Penale del 1928 fu considerato dalla maggior parte della dottrina spagnola una prima significativa regolamentazione giuridica penale dell'eutanasia: **E. DIAZ ARANDA**, *Dogmatica del suicidio e omicidio consentito*, Servizio di Pubblicazioni della Facoltà di Diritto dell'Università Complutense di Madrid, Centro di Studio Giurisprudenziale del Ministero di Giustizia, Madrid, 1995, p. 40. Vedi Fondamento Giuridico n. 7 della pronuncia giurisprudenziale segnalata, nel quale si osserva che la risposta costituzionale alla situazione critica risultante dalla pretesa dispensa o esenzione dal compimento dei doveri giuridici, nell'intento di adeguare e conformare la propria condotta etica o forma di vita alle sue credenze religiose, solo può essere il risultato di un giudizio ponderato che tenga in conto le "peculiarità di ogni caso".



Si chiede, in definitiva, che il nostro legislatore prenda in considerazione la possibilità di adottare la nostra proposta di soluzione a questo problema, considerando l'eutanasia come una condotta giustificabile e non punibile.

Data la necessità di una disciplina specifica di questo problema da parte del legislatore, considerata la nostra proposta di soluzione a questo problema e tenendo in conto che le ipotesi più problematiche e di maggior discrepanza giuridica sono quelle dell'eutanasia praticata su pazienti che non possono esprimere la loro volontà, la proposta più adeguata per risolvere queste situazioni conflittuali è quella realizzata da Jakobs. Secondo l'Autore, sarebbe un atto di pura e gratuita crudeltà escludere dal diritto al trattamento i pazienti incapaci di prestare il proprio consenso, dato che, nonostante si riconosca oggi che la soluzione non sia ragionevole per l'eutanasia diretta, si prevede che lo sarà in futuro, quando queste situazioni saranno più frequenti e gli standard di riferimento dei medici varieranno mediante un cambio nel senso di presunzione nei casi di volontà non verificata, affinché si possa affermare, d'accordo con la nostra opinione, che l'eutanasia è un atto impunito sempre che si giustifichi con chiarezza che ci troviamo di fronte ad una reale ipotesi di eutanasia: vale a dire, l'attuazione deve riunire tutti gli elementi strutturali fondamentali che il concetto stesso di eutanasia prevede, essendo fondamentale, in questi casi, quello della situazione oggettiva sopravvenuta, su cui torneremo più avanti, ossia la situazione di malattia terminale e irreversibile, che porta a una morte prossima, in cui deve trovarsi il paziente o il soggetto a cui si pratici l'eutanasia¹⁶.

¹⁶ Infatti, **G. JAKOBS**, *Suicidio, eutanasia e Diritto penale*, (trad. di F. Muñoz Conde, P. García Álvarez), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 58-59, afferma: «In queste circostanze, sarebbe un atto di pura crudeltà, una inutile tortura, se si potesse attuare nel modo descritto solo con i pazienti che possano manifestare una richiesta seria o che abbiano precedentemente fatto, in maniera opportuna, una dichiarazione in vista di questa situazione, abbandonando alla propria sorte, d'altra parte, i pazienti incapaci di manifestare il proprio consenso, pur potendo facilmente intuire la volontà degli stessi. Per questo si cerca la volontà presunta dei pazienti che, a causa della loro condizione di invalidità o per altre ragioni, non possano più esprimere la loro volontà, vale a dire che, di conseguenza, i trattamenti medici in questione avranno gli stessi effetti quando non si conosca la volontà del paziente; la volontà presunta deve essere sempre tenuta in considerazione in caso di dubbi. Di conseguenza, la vita di tale paziente incapace verrà ridotta per l'effetto naturale degli analgesici, presumendo un consenso in assenza di una richiesta da parte del paziente. Dicendo "in assenza di una richiesta" si vuole sottolineare che non si tratta di omicidio a petizione, ma di un vero omicidio; con "presumendo un consenso" si vuole specificare che l'omicidio potrà essere giustificato, tutte le volte che il fatto rappresenti un comportamento oggettivamente ragionevole e, quindi, un comportamento standard»; a p. 61, tornando



La realtà giuridica oggetto dello studio sull'eutanasia ha progressivamente dimostrato l'esistenza di un'evidente relazione tra la pratica dell'eutanasia e la coscienza, a tal punto che tale pratica eutanasi potrebbe essere designata come un "problema di coscienza". In primo luogo, noi siamo favorevoli alla configurazione dell'obiezione di coscienza come un diritto del soggetto a ottenere dall'ordinamento l'esenzione rispetto a un dovere giuridico o, nel suo caso, a non essere direttamente sanzionato nel caso in cui l'inadempimento di tale dovere giuridico si sia già realizzato¹⁷. In secondo luogo, a chi domanda se esiste un diritto generale all'obiezione di coscienza, rispondiamo che secondo noi non si può parlare, nel nostro ordinamento giuridico,

sull'argomento, afferma: "(...), sarebbe un atto di pura crudeltà se, nelle ipotesi comuni già viste, si procedesse con l'eutanasia passiva solamente quando il paziente sia capace di prestare il proprio consenso. Il diritto al trattamento non termina solo quando il paziente non accetta il prolungamento della propria agonia- dato che un paziente può comunque, in ogni caso, come si è già visto, rifiutare validamente qualsiasi trattamento-; anzi in verità: non si può parlare, in termini giuridico-penali, di un dovere di eseguire un trattamento medico senza rispettare la volontà del paziente. Pertanto, non rientra nei doveri del medico prolungare l'agonia senza considerare la qualità del resto della vita che rimane al paziente. Questo viene inoltre dimostrato da un principio solitamente applicato in via generale: esistono situazioni in cui è ragionevole accettare la morte e rinunciare a un prolungamento della vita. Tale principio non solo comprende la posizione di garante del medico quando il paziente lo richiede, ma include, in generale, anche il caso di omicidio basato sul consenso presunto".

¹⁷ È quanto afferma letteralmente la citata Sentenza del Tribunale Costituzionale n. 15 del 23 aprile 1982, secondo la quale "il diritto alla obiezione di coscienza non consiste fondamentalmente nella garanzia giuridica di astenersi da una determinata condotta- quella del servizio militare, in questo caso -, bensì la obiezione di coscienza implica un'esenzione eccezionale da un dovere - il dovere di difendere la Spagna -, previsto con carattere generale dall'art 30.1 della Costituzione il cui rispetto, con lo stesso carattere generale, deve essere garantito dai poteri pubblici. L'obiezione di coscienza introduce un'eccezione da tale dovere che deve essere dichiarata esistente in tutti i casi e, per questo, il diritto all'obiezione di coscienza non garantisce rigorosamente a priori l'astensione dell'obiettore, sennò piuttosto il suo diritto a essere dichiarato esente da un dovere che, in assenza di tale dichiarazione, sarebbe esigibile mediante coazione". Affermazioni conformi anche nella Sentenza del Tribunale Costituzionale 35/1985, del 7 marzo, e nelle Sentenze del Tribunale Costituzionale del 27 ottobre 1987 (RTC 160/1987 e 161/1987), così come nelle pronunce del Tribunale Costituzionale del 18 luglio e del 29 ottobre 1996 (RTC rispettivamente 214/1996 e 319/1996). Inoltre, anche il Tribunale Supremo si pronuncia nello stesso senso nella Sentenza del 18 giugno, 1998 (RJ 5382/1998), Sala penale. Infine vanno citate, a tale riguardo, SAP Barcellona del 17 febbraio 1995 (AC 299/1995), SAP Guadalajara del 21 maggio 1996 (ARP 575/1996), SAP Granada del 25 giugno 1996 (ARP 441/1996), SAP Madrid del 9 maggio 1997 (ARP1295/1997).



dell'esistenza di un diritto generale all'obiezione di coscienza¹⁸. Per quanto riguarda l'obiezione di coscienza all'uso di determinati trattamenti medici e terapeutici, nell'ambito eutanasi, la questione consiste nel verificare se ci troviamo davanti ad una vera obiezione di coscienza.

Secondo la nostra opinione, e in relazione alla natura giuridica delle azioni eutanasiche, non si può asserire, in senso stretto, che si tratti di reali ipotesi di obiezione di coscienza o di un diritto all'obiezione di coscienza a trattamenti medici, ma piuttosto di un riconoscimento in favore di tutti, di un diritto a sottoporsi liberamente a trattamenti medici, così come a rifiutarli, per ragioni di coscienza o per diverse ragioni, sempre che non siano violati diritti fondamentali di altre persone o beni costituzionalmente protetti¹⁹. In questo caso, ci troviamo di fronte al semplice esercizio di una libertà riconosciuta per legge e il rifiuto per ragioni ideologiche a ricevere un trattamento medico riveste, normalmente, il carattere di obiezione impropria, salvo in alcuni casi specifici rispetto ai quali è invece necessario parlare, in via eccezionale, di obiezione in senso stretto: quando l'impossibilità di portare a termine il trattamento medico in questione non deriva dal parere contrario del paziente, bensì da quello del suo medico il quale, per ragioni religiose o filosofiche, ricusa eseguire tale trattamento. Uno

¹⁸ "Pertanto dobbiamo ritenere, secondo tale criterio, che nell'ordinamento giuridico spagnolo non si riconosce un diritto fondamentale alla obiezione di coscienza, ma si limita il riconoscimento dello stesso- secondo la categoria, al massimo, di diritto costituzionale autonomo- a doveri legali concreti": Vedi **R. NAVARRO VALLS, R. PALOMINO**, in **AA.VV.**, *Le obiezioni di coscienza*, cap. XVII del *Trattato di Diritto Ecclesiastico*, EUNSA, Pamplona, 1994, pp. 1089-1139. Cfr. **G. ROLLNERT LIERN**, *La libertà ideologica nella giurisprudenza del Tribunale Costituzionale (1980-2001). Prologo di Remedio Sánchez Ferriz*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 321-322: «concordiamo pienamente con A. Ruiz Miguel quando afferma che "(...) l'attuale dottrina del Tribunale Costituzionale sembra escludere qualsiasi riconoscimento generico all'obiezione di coscienza che possa provenire dall'art. 16 della Costituzione"».

¹⁹ Cfr. **I. MARTÍN SÁNCHEZ**, *L'obiezione di coscienza*, cap. VI de *L'obiezione a trattamenti medici*, *Corso di Diritto Ecclesiastico dello Stato*, coordinato da I. Martín Sánchez, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 154-163/187-192. In **J.A. MARÍN GÁMEZ**, *Riflessioni sull'eutanasia: una questione pendente del diritto costituzionale alla vita*, op. cit., pp. 85-118, l'Autore afferma (p. 116) anche: "Nel caso della obiezione di coscienza all'eutanasia, non si può parlare di eccezione a un'obbligazione, poiché in questo caso non si tratta di un'obbligazione. Pertanto, non è necessario dare spiegazioni più dettagliate per spiegare tale eccezione. Di conseguenza, tale tipo di obiezione deve ricevere un trattamento particolare da parte dello Stato, visto che in questo caso si alterano notevolmente le regole dell'obiezione ordinaria: obiezione di coscienza (=) eccezione di una obbligazione (+) esercizio legittimo della libertà ideologica".



studio approfondito della dottrina e delle decisioni giurisprudenziali sia spagnole che di diritto comparato sull'obiezione di coscienza a trattamenti medici (al cui interno può contenersi la materia oggetto del nostro studio) ci ha permesso di osservare quanto sia difficile predisporre un trattamento giuridico adeguato a tante ipotesi distinte, così come l'esperienza concreta non sia suscettibile di essere rinchiusa in un sistema legale che formuli *a priori* soluzioni definitive.

Per risolvere i conflitti che sorgono a proposito dell'obiezione di coscienza è necessario ricorrere a un processo di ponderazione di interessi - *balancing process* - a volte riservato alla giurisprudenza, a volte realizzabile in via generale dal legislatore e sempre - quest'ultimo - modificabile dalla decisione definitiva, *ad casum*, del giudice²⁰. La nostra giurisprudenza è stata, per quanto riguarda la materia in questione, molto sensibile all'interesse dello Stato nella conservazione di quel bene giuridico fondamentale che è la vita. Ciononostante, a proposito delle ipotesi in cui il rifiuto a ricevere trattamenti di sangue provenga da **adulti capaci**, la regola generale e principio intangibile che dovrebbe stabilirsi - a nostro avviso - è il rispetto dell'obiezione di coscienza dell'adulto capace, malgrado esista la certezza che il suo rifiuto al trattamento lo porterà sicuramente alla morte, salvo che, nel caso concreto, esistano circostanze esterne alla persona, con peso giuridico sufficiente da poter considerare legittima l'imposizione del trattamento contro l'esercizio della sua libertà di coscienza.

La regola, secondo la nostra opinione, dovrebbe invece essere differente quando si tratta di **persone minorenni** o di **persone maggiorenni incapaci** che si oppongano, direttamente o tramite i loro genitori, a un determinato trattamento per motivi di coscienza, quando tale trattamento risulti indispensabile per salvare la loro vita o evitare un grave danno alla loro salute fisica o psichica. Riteniamo che, in questi casi, non è possibile allegare obiezione di coscienza poiché le

²⁰ Vedi R. NAVARRO-VALLS, J. MARTÍNEZ-TORRÓN, M.A. JUSDADO, *L'obiezione di coscienza a trattamenti medici: diritto comparato e diritto spagnolo*, in *Le relazioni tra la Chiesa e lo Stato. Studi in memoria del Professor Pedro Lombardía*, Editori di Diritto riuniti, Madrid, 1989, pp. 893-973, dove, in concordanza con la nostra tesi, si afferma: "Questo lavoro di equilibrio consiste, sostanzialmente, nel determinare quando debba prevalere la scelta assunta in coscienza dall'individuo e quando debbano invece prevalere altri interessi sociali che risultino danneggiati in questa situazione concreta". Come conclusione finale, nel lavoro citato si può leggere che "Da questo deriva che, in questo come in altri ambiti, l'obiezione di coscienza sia poco suscettibile di una regolamentazione prevalentemente legislativa. A livello generale, sono poche le risposte definitive che si possano dare. Ancora una volta, l'esperienza giuridica mostra che i problemi giuridici della obiezione di coscienza si possono studiare solamente attraverso la prospettiva di un Diritto giurisprudenziale".



libertà ex articolo 16 della Costituzione Spagnola (che contiene la libertà di coscienza) hanno come limite il dovuto rispetto dei diritti fondamentali e, particolarmente, l'obbligo di rispettare la vita e la salute altrui.

Riguardo al problema che deriva dalla connessione tra consenso informato e azione eutanasi, la prima cosa da sottolineare è ricordare che, considerando l'attuale disposizione dell'art. 143.4 del Codice Penale Spagnolo, si può affermare che, affinché si possa trattare di eutanasi, deve esistere una richiesta espressa. Tale richiesta formale rende la volontà o il desiderio di morire del malato un elemento particolarmente decisivo e indispensabile per studiare un preciso concetto di eutanasi. A nostro giudizio tale volontà, nonostante sia un elemento particolarmente decisivo, non risulta indispensabile per lo studio del concetto di azione eutanasi, dal momento che devono essere considerate ipotesi eutanasiche anche quelle nelle quali il consenso non può essere manifestato per motivi diversi, ossia, quelle ipotesi in cui il paziente non possa esprimere la propria volontà, situazione questa ogni volta più frequente nella realtà e che, certamente, deve ricevere anche un riconoscimento adeguato da parte degli ordinamenti giuridici.

In sintesi, si vuole affermare che, secondo noi, il tipo di eutanasi che si osserva nelle ipotesi in cui il malato non può manifestare né la propria volontà né alcun desiderio, così come in tutte quelle in cui non esiste una richiesta espressa della vittima affinché sia portata a termine l'azione eutanasi, deve integrare la propria definizione di eutanasi in senso stretto. L'attuale art. 143.4 del Codice Penale spagnolo prevede che chi causi o cooperi attivamente con atti necessari e diretti alla morte di un'altra persona (ipotesi che pare faccia riferimento all'eutanasi) deve agire in risposta a una richiesta espressa, seria e inequivocabile di tale persona. L'esigenza che sussista una "richiesta espressa" denota come il legislatore spagnolo, utilizzando il termine "richiesta", da una parte non abbia voluto considerare sufficiente il semplice consenso del paziente o del malato, escludendo a priori i casi d'induzione e, dall'altra, esigendo che la richiesta abbia un "carattere espresso", non pretenda che la stessa sia formulata per iscritto (poiché è sufficiente una dichiarazione orale), ma voglia semplicemente escludere ogni volontà tacita o presunta²¹.

²¹ C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La cooperazione al suicidio e l'eutanasi*, cit. Nello stesso senso, in C. ROXIN, F. MANTOVANI, J. BARQUÍN SANZ, M. OLMEDO CARDENETE, *Eutanasi e suicidio. Questioni dogmatiche e di politica criminale*, Comares, Granada, dicembre 2001, p. 173, si può leggere: "Non si pretende che la richiesta venga fatta per iscritto, però le persone implicate in fatti come questo



A proposito del compimento di tale requisito si è avviata un'importante discussione, riguardante "l'attualità" della richiesta espressa, ossia, se deve ritenersi come valida o no, agli effetti dell'art. 143.4 del nuovo Codice Penale spagnolo e agli effetti, quindi, dell'attività eutanasi, la volontà (espressa) di morire di cui si abbia attestazione in una dichiarazione scritta, abitualmente conosciuta come testamento vitale.

Nell'ipotesi in cui il paziente o il malato abbia lasciato precedentemente un'espressa e inequivoca dichiarazione documentale (testamento vitale) che manifesti senza ombra di dubbio la sua decisione di porre fine alla sua vita, tale volontà (espressa) di morire deve considerarsi totalmente valida.

Nell'ipotesi in cui, per svariati motivi, il paziente non possa rendere nota né la propria volontà né alcun desiderio o non manifesti una volontà rilevante, e in cui non esista, inoltre, quella precedente dichiarazione documentale espressa attestante la volontà del paziente o malato terminale che permetta porre fine alla sua vita (ipotesi in cui non sussista, quindi, un testamento vitale), riteniamo che la situazione debba risolversi in base alla decisione presa, per ogni caso concreto singolarmente, da un comitato di esperti e specialisti in medicina, in quanto solo così si potranno conferire all'eutanasi le speciali condizioni di garanzia e sicurezza giuridiche necessarie²². Di

devono necessariamente servirsi di una particolare cautela per controllare la costanza della volontà del suicida tramite qualsiasi mezzo tecnico disponibile, che sia classico, come la tradizionale scrittura olografa, o che sia moderno, come la registrazione su supporto magnetico o ottico". Sempre a questo proposito si può leggere, in **A. FRAGDA MANDIÁN, M.M. LAMAS MEILÁN**, *Il consenso informato (il consenso del paziente nella attività medico-chirurgica)*, Revista Xurídica Galega, Pontevedra, 1999, p. 55: "(...) senza tenere conto della rilevanza della prova che garantisce la formalizzazione per iscritto, non sarebbe necessario considerare inesistente il consenso in assenza di forma scritta, potendo supplire alla stessa con altri tipi di mezzi di prova- prove testimoniali numerose e omogenee, un nastro audiofonico o video, ecc. ...".

²² Già nel 1990, in **F.A. CABELLO MOHEDANO, J.M. GARCIA GIL, A. VIQUIERA TURNEZ**, *Tra i limiti personali e penali della eutanasi*, Servizio di Pubblicazione dell'Università di Cádiz, Cadice, 1990, pp. 78-79, tali autori cominciavano a pronunciarsi in questo senso, affermando che: "Secondo il settore conservatore della sanità, il medico non deve mai compromettere la sua professione con la decisione di uccidere; in nessun caso deve agire da esecutore. Tale affermazione, relativa alle situazioni che stiamo trattando, risulta eccessiva e inesatta. Nemmeno la famiglia sembra essere l'agente adeguato al momento di decidere la morte del paziente. Rimane la possibilità, comunque problematica, di rivolgersi a un comitato incaricato di interrompere la continuità della vita del paziente o del malato terminale. In definitiva, è eccessivamente complesso stabilire, a priori, chi debba prendere e chi debba eseguire la decisione di porre fine alla vita di un moribondo".



conseguenza, solo nelle ipotesi in cui un malato terminale si trovi in uno stato d'incoscienza irreversibile, senza poter manifestare il proprio consenso, e che prima non abbia documentato la sua espressa volontà di morire, la decisione sulla convenienza dell'azione eutanasica potrà essere presa dal comitato di esperti e specialisti in medicina, allo scopo di salvaguardare al massimo le certezze e garanzie giuridiche necessarie²³, e mai da altre persone (familiari, amici ...), perché tali

²³ Vedi, in senso conforme, quanto afferma **M. CORCOY BIDASOLO**, *Consenso e disponibilità sul oggetti giuridici personali. In particolare: efficacia del consenso del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, in *Il nuovo Codice Penale: presupposti e fondamenti. Libro omaggio al Professor Dottor Ángel Torío López* (a cura di Cerezo Mir, Suárez Montes, Beristain Ipiña, Romeo Casabona), Comares, Granada, 1999, pp. 261-283: "Nelle ipotesi di pazienti incapaci bisogna preoccuparsi di sostituire il loro consenso con quello di altre persone, ma non si può lasciare la decisione circa la terapia da applicare al libero arbitrio di un medico, come credo che non si possa lasciare, nel senso stabilito dalla Legge Generale di Sanità, la decisione alla famiglia o al rappresentante legale. In questi casi penso che acquisiscano una particolare rilevanza i comitati etici i quali, sentiti i familiari e il medico, dovranno decidere circa la terapia indicata, unitamente all'adozione di terapie già sperimentate nella comunità scientifica e non particolarmente aggressive". L'unica differenza consiste nel fatto che questa autrice parla di "comitati etici" mentre, a nostro parere, sarebbe meglio parlare di "comitati medici"; ciononostante, ammettiamo comunque la possibilità che i comitati che proponiamo possano essere composti, oltre che da esperti e specialisti in medicina, anche da altri professionisti, come possono essere i giuristi, i quali possono aiutare a decidere circa la terapia da adottare nella forma più adeguata possibile. Risulta interessante il fatto che come noi Corcoy Bidasolo sostenga l'impossibilità che siano altre persone (la famiglia) ad agire nei riguardi della vittima. Vedi allo stesso modo, ciò che viene affermato in **J. KEVORKIAN**, *La buona morte. I medici e la eutanasia* (trad. di M. Carol), Hojas nueva grijalbo menor, 1991-1993, pp. 210-219, qui pp. 213-214: "Forma parte della professione del medico determinare i dettagli tecnici e di procedimento, così come avviene con qualsiasi altro aspetto dei complessi arte e scienza. E non si dovrebbe dimenticare che tale nuovo servizio medico deve essere inoltre disponibile per i criminali condannati, in quanto un'eutanasia arbitrariamente selettiva è tanto immorale quanto la negazione dell'eutanasia stessa". In **O. QUINTANA TRIAS**, *Prospettiva politico-legislativa sull'eutanasia*, cit., pp. 61-66, si può leggere (p. 66), in relazione a questo: "Una regolamentazione dell'eutanasia deve permettere che l'autorità pubblica possa controllare tutti i casi notificati individualmente. La soluzione olandese e belga secondo le quali si deve notificare a un comitato di etica, mi sembra molto ragionevole, in quanto appunto, favorisce la notifica". Anche **N. GARCÍA RIVAS**, *Verso una giustificazione più obiettiva della eutanasia*, in *Omaggio al Dottor Marino Barbero Santos (In memoriam)*, vol. II, a cura dell'Università di Castiglia-La Mancia, Università di Salamanca Cuenca, 2001, pp. 149-171, qui p. 168, si pronuncia secondo la nostra stessa opinione e la opinione di Corcoy Bidasolo, affermando: "Credo che da un punto di vista giuridico sarebbe meglio dotare di tale potere di decisione i comitati di etica creati in ogni distinto ospedale del paese, costituiti da persone qualificate e sottoposti a un meccanismo di controllo. Le loro decisioni non dovrebbero essere arbitrarie, per evitare inutili timori. Lavorerebbero secondo direttrici chiare e conformi a criteri solidi. Potrebbero tenere in



esperti e specialisti sono coloro che con maggior certezza possono stabilire se la situazione concreta in questione sia una reale situazione di malattia terminale o no²⁴.

La situazione ideale si presenta quando esiste una dichiarazione espressa della volontà del paziente contenente la richiesta di porre fine alla propria vita (ipotesi in cui esista un testamento vitale del paziente), tuttavia, purtroppo, si osserva che, nella realtà dei fatti, non è questo il caso più frequente, pur essendo a sua volta il più semplice a cui dar soluzione. Maggiori difficoltà presenta invece l'ipotesi di un malato terminale, in stato d'incoscienza irreversibile, che non può manifestare il proprio consenso, e che precedentemente non ha documentato una dichiarazione espressa della sua volontà di morire.

Secondo il nostro punto di vista, la proposta di soluzione più adeguata a tali ipotesi deve dirigersi a trovare un equilibrio tra tutti i soggetti che possano essere coinvolti nel conflitto, o che, in modo diretto o indiretto, possano intervenire nello stesso: il paziente o malato terminale, i familiari o i parenti e il comitato di esperti e specialisti in medicina. Il primo elemento da considerare e che deve comunque prevalere è il consenso espresso, libero e informato, del paziente o del malato terminale. Solo nel caso in cui questo manchi (non esiste consenso poiché non esiste una precedente dichiarazione documentale espressa, della volontà del paziente o malato terminale di porre fine alla sua vita- testamento vitale-), ci si potrà rivolgere, in sostituzione, a un comitato di esperti e specialisti in medicina.

Nel caso nasca un conflitto tra la decisione presa da tale comitato medico e l'opinione di familiari e parenti del paziente, la soluzione non può essere altra che quella giudiziale²⁵. Infine è necessario

considerazione l'opinione della famiglia, ma non nascondersi dietro a questa. E, ovviamente, dovrebbero adeguare i propri criteri decisionali all'ordinamento costituzionale e non alla dottrina cattolica, la quale non è fonte di diritto nel nostro paese".

²⁴ Così segnala in maniera, secondo noi, molto corretta, **J. VILAR**, *Tempo per vivere, tempo per morire. Considerazioni sull'eutanasia*, in *Persona e Diritto*, 10, 1983, pp. 235- 259, qui p. 256: "Comunque, il medico è l'unico che la maggior parte delle volte possiede i dati sufficienti e la debita imparzialità per decidere in coscienza e con la maggior obbiettività possibile, quando ogni sforzo può considerarsi inutile e anche morboso". Anche in **C. FIBLA**, *Dibattito sull'eutanasia*, cit., p. 26, **S. PÁNIKER**, si afferma: "Devo aggiungere che in questo tema è cruciale il comportamento della classe medica, in quanto il tema non può e non deve uscire dal settore medico. Precisamente, i medici devono essere la garanzia che non si verifichino abusi".

²⁵ E qui si inserisce alla perfezione quello che afferma **C. GÓMEZ RIVERO**, *La responsabilità penale del medico. Dottrina e giurisprudenza*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 559- 560, secondo cui: "Fino a qui si è sostenuta la convenienza di indagare sulla volontà del malato (...). Una questione differente è quella relativa a chi debba



puntualizzare come tali ipotesi debbano essere oggetto di una disciplina giuridica espressa in una legge che, *de iure condendo*, spieghi dettagliatamente e con precisione che si tratta di ipotesi di eutanasia, che dovranno essere giustificate e depenalizzate, dovendo appellare, per agire in un senso o nell'altro, alla decisione del comitato di esperti e specialisti in medicina come parametro regolatore.

Per quanto riguarda il fatto che la richiesta della vittima deve essere "seria", ciò significa che si deve trattare di una richiesta consapevole, concreta e stabile, e non espressa durante stati d'animo temporanei attraversati dal paziente, che il soggetto deve essere stato correttamente informato della gravità e delle conseguenze della malattia in virtù del diritto che il paziente ha all'informazione e del corrispondente dovere del medico di informare, e, infine, che la libera formazione della volontà del soggetto non può vedersi interferita dall'esercizio di intimidazione o violenza da parte di terzi, né ovviamente per atti finalizzati all'inganno²⁶.

decidere della concorrenza o dell'assenza di questa. Secondo il mio parere, questo compito non può essere affidato al medico e nemmeno ai familiari del paziente, ma piuttosto ricorrendo alla via giudiziale, in modo tale da conferire garanzie inalienabili alla via menzionata. Perché solo ricorrendo a questa si possono evitare i rispettivi rischi che l'una o l'altra strada comporterebbero (...)" . Di fatto, questa Autrice sta affermando la possibilità di risolvere tali casi conflittuali e problematici in via giudiziale, possibilità questa che coincide con la parte finale della nostra proposta di soluzione alle ipotesi in cui il consenso non possa manifestarsi per vari motivi e il paziente non possa manifestare la sua volontà né alcun desiderio o non esprima alcuna volontà rilevante, e in cui non esista una precedente dichiarazione documentale espressa della volontà del paziente o malato terminale che permetta di porre fine alla sua vita (casi in cui, sostanzialmente, non esiste un testamento vitale).

²⁶ Così si afferma che: "Nei casi di consenso nullo o inefficace (...), tale inefficacia può essere causata (...) dalla presenza di vizi nella formazione o nell'espressione del consenso. In concreto, si allude all'uso di violenza o inganno o altre forme fraudolente al fine di ottenere il consenso": cfr. **A. ASUA, N.J. DE LA MATA**, *Il delitto di coazione e il trattamento medico realizzato senza consenso o con consenso viziato*, in *Rivista giuridica spagnola 'La Ley'*, Madrid, 1990, 3, 27 luglio 1990, pp. 865- 873, qui p. 870. Ancora, sullo stesso argomento, **C.M. ROMEO CASABONA**, *Il medico e il diritto penale, I, L'attività curativa (leciti e responsabilità penale)*, Bosch, Barcellona, 1981, p. 348, sottolinea la differenza tra i diversi tipi di vizi e segnala che sia la violenza che l'inganno rendono invalida la dichiarazione di volontà così ottenuta e rendono tale condotta punibile per coazione, sempre, ovviamente, nel caso dell'inganno, che l'errore sia in relazione al bene giuridico. Vedi inoltre, ciò che viene affermato da **A. BARREIRO JORGE**, *La rilevanza giuridico-penale del consenso del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, in *Quaderni di Politica Criminale*, n. 16, 1982, pp. 5- 33, qui p. 33, quando scrive che "(...) tra i limiti del consenso del paziente è necessario tenere conto di quei vizi della volontà che lo invalidano, ossia la coazione, la minaccia, l'inganno e l'errore, che rendono inefficace il consenso del paziente e darebbero luogo a un trattamento medico arbitrario". In **M. PALOMARES BAYO, J. LOPEZ Y GARCIA DE LA SERRA**



Il “carattere inequivocabile” della richiesta, infine, non si riferisce al fatto che la richiesta stessa debba essere formulata su dati di fatto realmente esistenti, ma piuttosto all’indubbia esistenza della volontà di morire, giacché la richiesta deve essere formulata in termini chiari e precisi ed esser priva di qualsiasi ambiguità tale da dar luogo a diverse interpretazioni sulla volontà del soggetto²⁷.

Oltre a ciò, si deve evidenziare l’importanza del diritto del paziente a decidere circa il proprio trattamento (autodeterminazione) e il fatto che il paziente prenda la sua decisione sulla base di un consenso

(et. al. Coords.), *Il consenso informato nella procedura medica e il testamento vitale: analisi della legislazione europea, nazionale e autonomistica, studio della sua evoluzione giurisprudenziale*, Camares, Granada, 2002, p. 60, si spiega con chiarezza, a questo proposito, che «Il consenso deve essere libero, personale, espresso dal paziente con piena e adeguata conoscenza del trattamento o dell’intervento che sta richiedendo. Così, l’art. 1265 del Codice Civile, regolando i vizi del consenso, dispone che “sarà nullo in consenso espresso per errore, violenza, intimidazione o dolo”. Il consenso deve pertanto essere privo di errori. (...) In secondo luogo, il consenso deve essere libero, ossia espresso senza violenza, intimidazione o dolo. Infatti, il consenso deve essere frutto di un processo decisionale personale del paziente, libero da coazioni o intimidazioni e libero da manipolazioni che possano corrompere la sua volontà». Cfr. anche **M.A. NUÑEZ PAZ**, *Omicidio consentito, eutanasia e diritto a morire con dignità. Problematica giuridica alla luce del Codice Penale da 1995*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 428, quando sostiene che: «(...) “seria”, ossia, frutto della riflessione, non viziata da violenza, inganno o errore, che significa eliminare qualsiasi tipo di dubbio circa il carattere definitivo di tale decisione (...)», e **C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA**, *La regolazione dell’eutanasia volontaria nell’ordinamento giuridico spagnolo e nel diritto comparato*, in *Umanitas, Umanità medici*, vol. I, num. 1, Gennaio-Marzo 2003, pp. 47-60, qui p. 53, quando sostiene che: “Dall’altro lato, non si potrà mai considerare seria la richiesta che sia stata ottenuta attraverso l’esercizio di un qualsiasi tipo di coercizione da parte di terzi”.

²⁷ **C. TOMAS-VALIENTE LANUZA**, *La cooperazione al suicidio e l’eutanasia*, cit.; **M.A. NUÑEZ PAZ**, *Omicidio consentito*, cit., pp. 428- 429, scrive «(...) allo stesso modo si richiede che sia “inequivoca” nel senso che deve poggiarsi sulla verità, in quanto il soggetto malato deve essere debitamente informato della sua situazione clinica, potendo così scegliere quale terapia portare avanti». **E. SANCHEZ JIMENEZ**, in *L’eutanasia di fronte alla morale e al diritto*, Università di Siviglia, Siviglia, 1999, p. 116, scrive: “(...) con la pretesa del carattere ‘inequivocabile’ della richiesta, si esige che non vi sia il benché minimo dubbio al momento di determinare la condotta da tenersi”. In **J.R. TOLEDANO TOLEDANO**, *Limite penale alla disponibilità della propria vita: il dibattito in Spagna*, Ed. Atelier Penal, Barcellona, 1999, p. 206, può leggersi, a riguardo, che «come ultimo requisito si stabilisce che la richiesta sia “inequivoca”, in modo che non ammetta dubbi sul suo contenuto, e non sia seguita da specificazioni successive di nessun tipo», e in **C. TOMAS-VALIENTE LANUZA**, *La regolazione dell’eutanasia volontaria*, cit., pp. 47- 60, qui p. 53, che «Per concludere, la pretesa del carattere “inequivocabile” della richiesta non pone problemi: si tratta, in sostanza, di una richiesta espressa in modo chiaro, che non si presti a differenti interpretazioni, su ciò che il soggetto realmente desidera».



informato, riguardo al quale dovranno essere rispettati determinati requisiti, contenuti e limiti concreti²⁸.

²⁸ Cfr. **A. FRAGA MANDIAN, M.M. LAMAS MEILAN**, *op. cit.*, p. 17, «L'esigenza del consenso informato nell'attività medica è previsto, per legge e con carattere generale, nell'art. 10 della Legge Generale della Sanità del 25 aprile 1986, concretamente nei commi 5 e 6, ove si stabilisce che: "Tutti hanno i seguenti diritti nei confronti delle diverse amministrazioni pubbliche sanitarie: 5. Il paziente e i suoi parenti hanno diritto ad un'informazione, per iscritto o a voce, comprensibile, completa e continuata, sullo stato clinico, diagnosi e prognosi e sui possibili trattamenti alternativi. 6. Il paziente ha il diritto di scegliere tra le diverse alternative proposte dal responsabile medico, essendo comunque sempre imprescindibile il consenso anticipato dato per iscritto prima di effettuare qualsiasi intervento (...)". Con questa norma si riconoscono i diritti del paziente, e tra questi, il diritto oggi molto importante all'autodeterminazione». Vedi anche **J.C. GALAN CORTES**, *Il consenso informato dell'utente nei servizi di pubblica sanità*, Ed. Colex, 1997, p. 18: "Al giorno d'oggi il diritto del paziente all'autodeterminazione e il rispetto per la libertà del paziente sono fattori preponderanti nel rapporto medico-paziente, e fanno sì che il diritto all'informazione sia una manifestazione concreta del diritto della protezione alla salute e, quindi, uno dei diritti fondamentali della personalità", e più avanti, alla p. 19, segnala: "Nell'ottica dell'autodeterminazione e della libera formazione della personalità, il consenso informato è il processo graduale che trova la sua ubicazione naturale nel rapporto medico-paziente, in virtù del quale il soggetto capace riceve dal medico un'informazione completa e comprensibile, che gli permette di intervenire in modo volontario, cosciente ed attivo nelle decisioni riguardanti il diagnostico e trattamento della sua patologia" (da **J.A. MARIN GAMEZ**, *Sulla costituzionalità dell'articolo 10.6 della Legge sanitaria generale: la rilevanza giuridica del 'consenso informato*, in *Rivista Generale di Diritto*, Anno II, num. 610- 611, luglio- agosto 1995, pp. 8237-8257). **A. JORGE BARREIRO**, *La rilevanza giuridico-penale del consenso del paziente*, cit., pp. 5-33, qui p. 23, segnalava anche che: "L'efficacia del consenso del paziente dipenderà dal fatto che si tratti di un vero atto di autodeterminazione, ossia, che sia espressione della libertà di decisione individuale". Anche in **N. GARCIA RIVAS**, *Depenalizzazione della eutanasia nell'Unione Europea*, cit., pp. 15- 30, si segnala che Gascon Abellan (cfr. **M. GASCON ABELLAN**, *Problemi dell'eutanasia*, in *Sistema*, n. 106, 1992, pp. 93 e ss., specialmente p. 107), "giustifica l'eutanasia mediante il principio di autodeterminazione, imbattendosi in numerosi problemi per dare fondamento a questa legittimazione quando il soggetto non può più prestare il proprio consenso". Nelle parole di **A.M^a MARCOS DEL CANO**, *L'eutanasia*, cit., p. 195: "L'eutanasia viene considerata come l'ultimo atto di autodeterminazione, che la persona deve assumere con piena responsabilità accettando le conseguenze che ne derivano". **H.G. KOCH**, *L'ausilio a morire come problema legale in Germania*, in *Il trattamento giuridico della eutanasia. Una prospettiva comparata* (a cura di J.L Díez Ripollés, J. Muñoz Sánchez), Seminario tenuto a Malaga a novembre 1994, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 235- 260, segnala, a proposito della Germania, che "Nell'organizzazione istituzionale di un ospedale, il paziente è normalmente la parte più debole e si confronta con particolari difficoltà quando deve far valere il suo diritto all'autodeterminazione. Dal momento che più del 70% dei malati terminali decedono in una struttura ospedaliera e non in casa, è d'uopo porgere una particolare attenzione al problema del rafforzamento dell'autodeterminazione dei pazienti nelle strutture stesse sulla base di una prospettiva legislativa. (...). Tutto ciò dimostra che il tema



Tutto ciò ci consente (nel trattare il tema del consenso informato) di asseverare che il consenso, la libertà individuale e l'autodeterminazione personale sono nozioni che si presentano come strettamente collegate.

In conclusione, si può affermare che la natura giuridica dell'eutanasia risiede nel rapporto che esiste tra la stessa e il diritto alla libera disposizione ("principio di autodeterminazione") in unione e in convivenza pacifica con il "principio di beneficenza (non-maleficenza)", come espressione del "principio di giustizia", secondo il quale si deve conseguire il bene del paziente, e quindi perseguire ciò che al paziente meglio conviene²⁹.

dell'ausilio a morire non ha affatto perduto la sua rilevanza giuridica e politica. Nonostante questo, l'intervento legislativo non dovrebbe limitarsi- come è stato detto nel Progetto Alternativo Ausilio a Morire- a far chiarezza sulla questione della problematica penale. I provvedimenti che rafforzano e realizzano concretamente il diritto all'autodeterminazione del paziente non sembrano essere meno importanti". Anche riguardo alla situazione in Svizzera segnala **N. QUELOZ**, *Questioni etiche e legali in relazione all'eutanasia in Svizzera*, in *Il trattamento giuridico della eutanasia*, cit., pp. 191- 231, che: «Possiamo considerare i "testamenti vitali" e le petizioni a favore del "diritto a morire con dignità" come un fenomeno sociale sorto in Svizzera alla fine degli anni Settanta e che ha evidenziato sia l'importanza del tema dell'autodeterminazione (il diritto a morire come un diritto umano?) sia la crescente sfiducia nei confronti del sistema sanitario in generale (...). Nel febbraio del 1994, venne pubblicato il progetto di R. Kehl per la regolamentazione dei diritti dei pazienti in relazione all'eutanasia. Questa proposta elaborata in profondità contiene un progetto di revisione dell'articolo 54 *bis* della Costituzione Federale (principio costituzionale) ed è completata da un altro progetto di Legge Federale (di definizione ed esecuzione del precetto costituzionale). Il progetto di riforma dell'articolo 54 *bis* della Costituzione Federale stabilisce che: (...) Si protegge la libera disposizione della vita e il diritto all'autodeterminazione del paziente. (...). Oggi, la protezione assoluta della vita contrasta con la legittima rivendicazione dell'autonomia individuale e con il rispetto per il diritto all'autodeterminazione (riguardo alla vita come alla morte)».

²⁹ Concorda con la nostra opinione **C. GOMEZ RIVERO**, *La responsabilità penale del medico*, cit., pp. 532-533, che segnala come: «(...), il ragionamento che sta alla base della non punibilità dell'eutanasia passiva si può ricondurre ad uno dei quattro grandi principi dell'etica biomedica: quello di non-maleficenza. (...). Inoltre, questa soluzione dottrinale, utilizzata normalmente nei casi in cui sia il malato a richiedere la pratica eutanasica, si è estesa anche ai casi in cui il paziente si opponga o non possa esprimere la sua volontà per la gravità del suo stato. (...). Un esponente dottrinale del secondo caso, cioè di poter praticare l'eutanasia passiva anche quando il paziente non possa manifestare la propria volontà, si può considerare la posizione espressa da ESER quando scrive che l'estinzione dell'obbligazione del medico di mantenere il paziente in vita potrebbe giustificarsi con un'idea dell'uomo come "essere dotato di senso", che porta a dare fondamento giuridico alla "possibilità di estinguere l'obbligazione di prolungamento delle funzioni vitali (facendo seguire in modo passivo la morte), quando la vita stessa ha perduto ormai in modo definitivo la capacità comunicativa"». Molto vicine alle nostre opinioni risultano le parole di **N. GARCIA RIVAS**,



4- Il fondamento giuridico dell'eutanasia

Una volta stabilita la natura dell'eutanasia, è il momento di affrontare la questione della sua giustificazione, ovvero entrare nella problematica del fondamento giuridico della stessa. In questo studio analizziamo diverse materie nelle quali, a nostro avviso, si deve inquadrare il dibattito attuale sulla liceità o illiceità dell'eutanasia e sul fondamento giuridico degli atti eutanasi. Sono le seguenti: il diritto/dovere alla vita, il diritto/dovere alla salute, il diritto alla morte, il rispetto per la dignità della persona, il diritto alla libertà di pensiero e ideologica o alla libertà ideologica, il diritto alla libertà religiosa e il diritto alla libera disposizione del proprio corpo.

Riguardo alla presente questione occorre segnalare che, a nostro avviso, il fondamento giuridico dell'eutanasia e, pertanto, la liceità delle azioni eutanasiche, risiede nel diritto alla libera disposizione della vita umana da parte del suo titolare e nel rispetto della sua autonomia personale o individuale, nei casi in cui il paziente, malato terminale, possa esprimere o abbia espresso in precedenza la sua volontà. Invece, in quei casi, estremi e problematici, nei quali l'incoscienza impedisca al malato terminale qualsiasi manifestazione di volontà ed egli non abbia lasciato in un testamento vitale una prova espressa del desiderio di porre termine alla sua vita, si dovrà tenere conto, come nell'altro caso, del principio di beneficenza e di quello di non-maleficenza, come espressione e contenuto del principio di giustizia, dovendo quindi preservare l'interesse e la dignità del paziente e proponendo anche un rapporto medico-paziente nel quale l'autonomia del paziente e la beneficenza dei medici possano essere entrambe rispettate.

Dall'articolo 15 della Costituzione spagnola si potrebbero ricavare alcune eccezioni al diritto fondamentale alla vita, come il riconoscimento in favore di ognuno del "diritto a disporre" della propria vita, sia per se stesso, sia con la collaborazione di terzi,

Depenalizzazione dell'eutanasia nell'Unione Europea: autonomia e interesse del paziente, cit., pp. 15- 30, quando scrive: "Occorre dire, pertanto, come conclusione parziale, che, (...) la liceità di queste pratiche non si trova nella libera decisione del paziente in punto di morte, inaccessibile in molti occasioni (principio di autonomia), ma piuttosto nel beneficio che il paziente stesso ne ottiene da stabilirsi per mezzo di un'analisi ponderata (principio di beneficenza). Negli altri casi, quando siamo di fronte ad una perdita irreversibile delle capacità comunicative, l'analisi deve tener presente anche il criterio di valutazione dei mezzi e delle finalità terapeutiche, al fine di evitare trattamenti del tutto inutili (principio di giustizia)".



nonostante questo debba essere attenuato e completato, senza alcun dubbio, con tutto ciò che deriva dal valore supremo della libertà dell'articolo 1.1 della Costituzione Spagnola³⁰, perché il diritto alla libera disposizione del corpo e della vita forma parte del diritto alla libertà e, in concreto, di un diritto a vivere in conformità con i principi, le idee o convinzioni che costituiscono una persona.

5 - Concetto e contenuto dell'eutanasia

L'obiettivo finale di questo studio, quello di stabilire la delimitazione concettuale dell'eutanasia, in funzione della sua valorizzazione giuridica, servirà come punto di partenza per una successiva riflessione sulla liceità o convenienza delle pratiche eutanasiche, così come la legittimità del suo esercizio, sempre partendo dalla prospettiva dell'esercizio del diritto alla libera disposizione.

Possiamo definire l'**eutanasia** come segue: **un ambito di libertà grazie al quale ad ogni persona che si trovi in una situazione di malattia terminale e irreversibile destinata ad una morte prossima, essendo la sua vita carente della qualità minima necessaria affinché possa definirsi dignitosa, è riconosciuta la facoltà di decidere, richiedere o sollecitare che si pratichi l'azione eutanastica.**

Nella definizione appena enunciata risiede tanto la natura giuridica dell'eutanasia: uno spazio di libertà, quanto il suo fondamento giuridico, ovvero la facoltà di decidere, richiedere o sollecitare il diritto alla libera disposizione della propria vita da parte del paziente o malato

³⁰ J.R. TOLEDANO TOLEDANO, *Limite penale alla disponibilità della propria vita*, cit., p. 281, spiega: "La questione che viene ora discussa in Parlamento circa le condotte che saranno regolamentate nell'ambito delle azioni eutanasiche ci trasmette un po' di speranza che si possa giungere a un riconoscimento completo del diritto di ogni persona a poter liberamente disporre della propria vita. Diritto che credo spetti a ciascun individuo, partendo dalla dignità che come idea fondamentale si realizza nel principio personalista che ispira l'insieme dei diritti e delle libertà pubbliche, e che renderà possibile la realizzazione di questo diritto tanto sul piano individuale quanto su quello sociale. Disponibilità della propria vita significa soprattutto la volontà libera del soggetto, anche se a tale proposito non intendo conferirle efficacia illimitata, dovendosi limitare a quei soggetti nei quali, a causa delle diverse circostanze concorrenti, le qualità tipiche che configurano il bene giuridico vita costituzionalmente protetto appaiono mancanti". F.J. DIAZ REVORIO, *Valori superiori e interpretazione costituzionale*, Centro di Studi Costituzionale, Madrid, 1997, pp. 534-545, qui p. 536, afferma anche: "Il diritto a disporre sulla propria salute. Al principio sarebbe una manifestazione della propria libertà. Una delle conseguenze concrete sarebbe la possibilità di opporsi ad un trattamento sanitario, diritto disponibile solo per gli adulti e capaci".



terminale. Il fatto che il paziente o soggetto debba trovarsi in una situazione di malattia irreversibile tale da condurlo ad una morte prossima è anche presente nella nostra definizione ed è, da un lato, uno degli elementi strutturali del suo concetto, e, dall'altro, un requisito fondamentale che dovrà sempre essere verificato prima di affermare che ci troviamo di fronte a un vero caso di eutanasia. Crediamo che, dal momento che abbiamo asserito che il fondamento giuridico dell'eutanasia risiede nella facoltà o nel diritto del paziente alla libera disposizione, deriva l'esistenza dell'azione per la quale si fa effettiva la stessa, cioè l'azione eutanasi, perché, solamente quando il paziente o il malato terminale dispone di questo diritto, potrà richiedere, e quindi esistere, l'azione che la rende effettiva.

L'azione eutanasi può anche essere definita come quella condotta, intrapresa in tutti i casi da un medico, consistente in un fare (azione), in un non fare il possibile o in un mero non fare (omissione), che cerca di alleviare, nel modo meno doloroso possibile, la sofferenza o la situazione di grave patimento, anticipando anche l'evento mortale, di una persona che, avendo espresso il suo consenso o non potendolo esprimere (dovendo essere sostituita la sua decisione in merito, in quest'ultimo caso, dalla volontà – espressa - di morire che la persona stessa deve aver precedentemente manifestato in un documento scritto - il testamento vitale-, o, in sua assenza, dalla decisione qualificata assunta da un comitato di esperti e specialisti nel campo della medicina), si trovi in una situazione di malattia grave ed irreversibile tale da condurla ad una morte prossima, visto che la vita di questa persona appare priva di quelle qualità tipiche tali da poterla definire dignitosa.

È necessario evidenziare che, poiché abbiamo asserito che il fondamento giuridico dell'eutanasia risiede nella facoltà o nel diritto del paziente alla libera disposizione, ne deriva anche la questione fondamentale che, essendo l'eutanasia una facoltà del soggetto, la stessa figura dell'eutanasia, tanto nella sua accezione principale come in tutte le forme risultanti dalla definizione enunciata, perlomeno *de iure condendo*, dovrebbe essere depenalizzata ed essere considerata un'azione non punibile.

Riguardo a quegli elementi che, facendo parte della struttura permanente dell'eutanasia, sono indispensabili per comprendere esattamente ciò che s'intende o si dovrebbe intendere oggi quando si parla di eutanasia o di azione eutanasi, al fine di mostrare con chiarezza l'aspetto concettuale della realtà giuridica di cui si occupa questa ricerca, occorre segnalare che gli elementi essenziali dei concetti di eutanasia e d'azione eutanasi si concretizzano, secondo la nostra



opinione, nei seguenti: a) diritto di libertà, b) diritto alla libera disposizione, c) i soggetti che intervengono, d) la condotta, e, infine, e) la decisione o consenso; questi sono aspetti indispensabili che, senza ombra di dubbio, devono essere tutti presenti, affinché una condotta possa qualificarsi come eutanasi e quindi possa essere depenalizzata, come già si è spiegato³¹.

Con l'obiettivo di concettualizzare l'eutanasi con la maggior precisione possibile, e cercando di descrivere le diverse fattispecie che in essa possono essere inquadrare, ognuna delle quali può presentare caratteristiche più o meno simili, si può affermare che è eutanasi, secondo la definizione proposta in questo studio, l'eutanasi **attiva e passiva**, l'eutanasi **volontaria** e la **non volontaria** e, infine, quella **diretta e indiretta**. Solamente queste forme di eutanasi rientrano nella nostra definizione, sempre e quando presentino le caratteristiche

³¹ La prima delle caratteristiche è, più concretamente, una caratteristica essenziale dell'eutanasi secondo la definizione enunciata. Detta caratteristica consiste nel fatto che l'eutanasi è un diritto alla libertà. La seconda caratteristica evidenziata, anch'essa elemento essenziale del concetto di eutanasi, individua l'eutanasi come espressione del diritto alla libera disposizione, come una manifestazione di questo diritto alla libertà.

Per quanto riguarda i soggetti dell'azione, si deve precisare che questo elemento appartiene sia all'eutanasi propriamente detta sia all'azione eutanasi. Questi soggetti varieranno e saranno differenti in questi due figure, perchè, logicamente, essendo differente la prospettiva utilizzata per definire l'eutanasi e l'azione eutanasi, anche i soggetti cambieranno. Quindi nell'**eutanasi** il **soggetto attivo** sarà il paziente o il malato terminale, che gode del diritto alla libera disposizione, e che si deve trovare in una situazione di malattia terminale e irreversibile tale da condurlo ad una morte prossima, e il **soggetto passivo** sarà lo Stato o i poteri pubblici, perchè i diritti si esercitano solamente nei confronti dei poteri pubblici, mentre i privati hanno solo l'obbligo di rispettare, ma non di garantire tali diritti. Rispetto all'**azione eutanasi**, il **soggetto attivo** di un'azione eutanasi è la persona che causa la morte di un'altra, sempre che vi sia un collegamento stretto con il personale sanitario competente, e il **soggetto passivo** di un'azione eutanasi è una persona malata che trovandosi in una situazione terminale o mortale deve essere aiutata a morire, con lo scopo di lenire insopportabili dolori e patimenti, senza che sia necessaria la sua richiesta o volontà. La condotta o l'azione costitutiva di un caso di azione eutanasi è quella nella quale il soggetto attivo dell'azione eutanasi (il medico) provoca, con un'azione o con un'omissione, diretta o indiretta, la morte del malato terminale, con o senza la sua richiesta.

L'ultima caratteristica essenziale del concetto di eutanasi o azione eutanasi si verifica quando si richiede la volontà o il consenso del paziente o malato terminale. Al riguardo occorre precisare che la volontà o il desiderio di morire del malato, pur essendo importante, non risulta un elemento imprescindibile, in modo che, nei casi in cui il malato non possa manifestare il consenso o non abbia la capacità per farlo, questa volontà può essere supplita grazie all'intervento di un comitato medico, o, in ultimo caso, dai giudici.



strutturali definite essenziali ed imprescindibili. Negli altri casi ci troveremo di fronte a fattispecie differenti che, ovviamente, non potranno qualificarsi come eutanasia, dovendo essere tipizzate, *de lege ferenda*, come figure distinte.

Rispetto al trattamento giuridico da riservarsi *de iure condendo* alle distinte modalità eutanasiche nel nostro ordinamento giuridico, e partendo dalla premessa che il fondamento giuridico dell'eutanasia risiede nella facoltà o diritto del paziente alla libera disposizione, si può giungere, almeno *de iure condendo*, alla sua depenalizzazione, in modo che non sia più considerata un'azione punibile.

6 - Proposte *de lege ferenda*

Dal nostro punto di vista non si deve affrontare il problema dell'eutanasia dalla prospettiva del comma di un articolo del Codice Penale, ma con una legge che detti una disciplina specifica e che analizzi dettagliatamente tutti gli aspetti inerenti alla problematica in questione. Crediamo, senza dubbio, che il diritto possa e debba stabilire i requisiti minimi che consentano all'eutanasia di conseguire i suoi fini propri, che sono l'alleviamento delle sofferenze degli individui e lo sviluppo della loro autodeterminazione.

La disciplina giuridica che auspichiamo deve essere quella della depenalizzazione, considerando quindi l'eutanasia e l'azione eutanastica (che trovano il loro fondamento giuridico nella facoltà o nel diritto del paziente alla libera disposizione), in tutte le forme proposte nella definizione data, come non punibili.

La realtà odierna dimostra come la società europea non sia ancora preparata a importanti pronunce giudiziali a favore dell'eutanasia, come dimostra il fatto che, al giorno d'oggi, solamente due paesi hanno regolamentato l'eutanasia in modo dettagliato: Olanda e Belgio³². Non esiste tuttavia, nei paesi europei, un consenso maggioritario che consenta l'uso di questa pratica, che a sua volta determina che il Tribunale Europeo dei Diritti Umani non possa

³² In questo senso può leggersi l'interessante studio di **A. OLLERO TASSARA**, *Eutanasia e multiculturalismo. Diritto, morale e religione in una società plurale*, in *Quaderni di Bioetica*, XII, (44, 1^a), 2001, pp. 44-54, ove può leggersi: "L'Europa comincia a vivere una nuova esperienza. Le frequenti invocazioni al consenso hanno trasmesso finora a marchi culturali omogenei, consolidati durante i secoli. Parlare veramente del consenso forzerebbe ora a cominciare ad assumere una nuova prospettiva multiculturale. (...). Molti nuovi problemi sorgono senza aver ricevuto ancora una risposta (...)".



adottare decisioni in suo favore³³. Si dovrà attendere che, a poco a poco, nei diversi paesi, ciascuna società raggiunga una certa maturità a proposito di questo tema e chieda espressamente al proprio legislatore di iniziare il processo di legalizzazione dell'eutanasia, ma siamo convinti che in pochi anni il Tribunale Europeo dei Diritti Umani finirà con dare una risposta affermativa, nelle sue decisioni giudiziali, alle pratiche eutanasiche.

Riteniamo quindi che il diritto di morire con dignità e di aiutare a morire con dignità debba essere riconosciuto e rispettato dalla società pluralista, in modo analogo all'unanime riconoscimento espresso nei confronti del diritto di vivere. Riteniamo che un medico, che in coscienza decida di accettare una richiesta di eutanasia nei termini sopra definiti, compia un atto moralmente lecito, poiché il suo comportamento rispetta sia il principio di autodeterminazione del paziente, sia il principio di beneficenza e di tutela della vita degna di essere vissuta. Crediamo inoltre che l'eventuale rifiuto da parte del medico di acconsentire alla richiesta sia legittimo.

In conclusione, occorre segnalare che, nonostante alcune delle tesi qui sostenute non coincidano con l'opinione maggioritaria della dottrina, siamo vigorosamente convinti di aver dimostrato come tutte si inquadrino e cerchino di ispirarsi ad una concezione dell'eutanasia propria di uno stato democratico, il cui fine primario è avanzare nel campo dei diritti fondamentali dei cittadini, all'insegna dell'evoluzione della personalità e della dignità umana. Ci rendiamo conto di come i risultati di questo studio ci dividano, in alcuni punti delicati, dalle opinioni comuni, nonostante vogliamo sottolineare che abbiamo cercato di presentare uno studio che consentisse una riflessione sul tema eutanastico e che fosse allo stesso tempo un autentico intento di dialogo. È proprio questo, a nostro avviso, il vero contributo che non dovrebbe mai mancare.

³³ Si può citare l'importante ed interessante Decisione del Tribunale Europeo dei Diritti Umani nel caso "Pretty vs. Regno Unito", che ha portato la dottrina predominante a rimproverare all'alto Tribunale un atteggiamento eccessivamente prudente, nonostante questa Sentenza abbia lasciato aperta la via per la sperimentazione e possa servire per un dibattito democratico, rispettoso delle esigenze dei diritti umani. Secondo la nostra opinione, dalle motivazioni di questa sentenza si può dedurre implicitamente che spetta ai legislatori nazionali di ciascuno Stato decidere se la legge possa o meno, e in quali condizioni, autorizzare l'eutanasia, giacché non crediamo che dalla sentenza citata possa intendersi che un'eventuale legge che autorizzi l'eutanasia attiva, prevedendo le dovute garanzie che sono necessarie per evitare eventuali abusi, possa essere giudicata contraria agli artt. 2 e 8 della Convenzione Europea dei Diritti Umani.



Riconosciamo che la nostra posizione possa suscitare dubbi e perplessità, anche perché questo sembra essere il destino di tutte le proposte nuove. Ci auguriamo comunque che la nostra affermazione sia discussa con rispetto, ponendo fine a quel linciaggio morale che ha sempre accolto ogni minima espressione di adesione all'eutanasia presentata nel nostro Paese. Riteniamo che tale atteggiamento d'intolleranza sia, da una parte, moralmente condannabile, in quanto non rispetta il pluralismo dei valori e la libertà di discussione e, dall'altra, sia frutto di una mancanza di serie argomentazioni razionali. Le critiche di coloro che non condividono le nostre tesi dovranno mostrare il rispetto dovuto alle diverse idee ed essere fatte in base ad argomenti razionali.