



SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCXXXIII

FEDERICA BOTTI

L'EUTANASIA IN SVIZZERA

Introduzione di Marco Ventura



Bononia University Press

Opera realizzata con il contributo di



FONDAZIONE
CASSA DI RISPARMIO
IN BOLOGNA



1473
Fondazione
del Monte
DI BOLOGNA E RAVENNA

Bononia University Press
Via Farini 37, 40124 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buonline.com
e-mail: info@buonline.com

© 2007 Bononia University Press
Tutti i diritti riservati

ISBN 978-88-7395-217-6

Impaginazione: Gianluca Bollina

Stampa: Editografica, Rastignano – Bologna

Prima edizione: marzo 2007
Prima ristampa: ottobre 2010

*Dedico questo lavoro a Deo, Paola, Marco.
La mia famiglia.*



INTRODUZIONE

LA FRONTIERA BIOGIURIDICA DEL DIRITTO ECCLESIASTICO

Risale al 1956 l'avvio di una riflessione della moderna ecclesiasticistica sugli sviluppi tecnologici delle scienze mediche. In quell'anno Anna Ravà dedicava ai trapianti uno studio focalizzato sul diritto canonico (*I trapianti di organi da individuo a individuo nel diritto canonico*, Giuffrè, Milano), ma in realtà orientato verso un orizzonte più ampio: il lavoro collegava infatti la lunga storia canonistica del diritto sul corpo alle nuove prospettive di una regolazione statuale di pratiche fortemente problematiche sul piano etico e in tal senso esposte alle tensioni tra Stato e Chiesa. I successivi sviluppi dimostrarono la fondatezza dell'intuizione di Ravà: da un lato lo sviluppo tecnologico delle scienze della vita proponeva crescenti interrogativi etico-giuridici (dalla procreazione in vitro alle terapie geniche e alle biotecnologie industriali); dall'altro il mutato clima sociale comportava profonde sfide giuridiche e significative novità legislative (dalla legge sull'interruzione volontaria della gravidanza a quelle sui trapianti e sulla procreazione assistita). Sempre più al centro del dibattito, il diritto ecclesiastico è andato scoprendo nel biodiritto un delicato terreno di verifica dei principi (la laicità, il confessionismo) e degli strumenti (l'obiezione di coscienza, l'assistenza spirituale), ma anche uno straordinario laboratorio di nuove istituzioni (i comitati etici) e nuovi meccanismi (il consenso informato; il silenzio-assenso nei trapianti).

Per il diritto ecclesiastico, il biodiritto si è anzitutto affermato quale ambito di interesse e quale nuovo luogo della tradizionale concorrenza/cooperazione tra Stato e Chiese. Riedizione della *querelle* matrimoniale, il dibattito biogiuridico ha interrogato la laicità dello

Stato proprio riaprendo la discussione sul transito da etica a diritto, sull'utilizzabilità delle categorie del diritto naturale, sull'autonomia individuale e i diritti della coscienza, sui vincoli parentali. All'*empasse* degli Stati, le Chiese – e in particolare la Cattolica – opponevano salde ricostruzioni dottrinali e precise richieste di politiche pubbliche e di presidi normativi. Dopo la svolta del divorzio, che aveva posto in crisi i presupposti del matrimonio concordatario, la vicenda della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza (referendum incluso) – proprio negli anni delle prime nascite da fecondazione in vitro – rendeva evidente che quel campo era divenuto l'equivalente di ciò che in altre epoche avevano rappresentato, per i rapporti Stato-Chiese e la libertà religiosa, la questione proprietaria, la revisione del concordato, la condizione giuridica delle minoranze (F. Freni, *Biogiuridica e pluralismo etico-religioso*, Giuffrè, Milano, 2000). Tale valenza è stata ancora recentemente confermata dalla vicenda della legge sulla procreazione assistita e del successivo referendum e si prepara ad esserlo ulteriormente nel dibattito legislativo sui trattamenti di fine vita, sull'accanimento terapeutico e sull'eutanasia.

Sarebbe tuttavia limitativo esaurire la portata ecclesiasticistica del biodiritto nel suo porsi quale nuovo ambito della definizione della libertà religiosa. Il dibattito giuridico conseguente all'avvento di questioni legate alle tecnologie della vita ha giocato anche come amplificatore di quelle generali trasformazioni del diritto, senza le quali resta incomprensibile lo sviluppo e il cambiamento intervenuti durante gli ultimi decenni nel diritto ecclesiastico. Per i suoi tratti distintivi e le sue problematichità, il biodiritto ha in effetti incarnato, e incarna tuttora, il nuovo orizzonte del diritto. In esso si sperimenta una nuova autonomia privata (dal rifiuto del trattamento sanitario al consenso informato), un nuovo assetto delle relazioni interpersonali (il fiduciario delegato alle decisioni sul fine vita; l'adottabilità dell'embrione congelato), una nuova comunità internazionale (la Convenzione di Oviedo), una nuova Europa (la Direttiva sulle biotecnologie), una nuova giurisdizione sopranazionale. Proprio per questo l'intersezione del biodiritto con un diritto ecclesiastico sfidato dalle medesime novità è particolarmente significativa, oltre che stimolante e feconda.

Nuovo ambito problematico, specchio della trasformazione giuridica complessiva, il biodiritto è anche – per l'ecclesiasticista – sfida

metodologica. Nel senso che lo sviluppo di un approccio giuridico alle nuove sfide delle scienze della vita non può essere scisso dalla nascita e dall'affermazione della bioetica intesa come nuova riflessione trasversale e complessiva sulle nuove problematiche bioscientifiche e biotecnologiche (G. Dalla Torre, *Bioetica e diritto*, Giappichelli, Torino, 1993). Pur con tutte le sue ambiguità e dentro il suo travagliato percorso, la bioetica ha infatti tracciato una strada che – a partire dall'originaria innovatività in campo teologico – ha sfidato tutti i saperi tradizionali. La bioetica ha anzitutto sfidato scienze umane e scienze biomediche chiamate ad esplorare nuovi percorsi di reciproca interazione. Ha poi anche sfidato più specificamente le scienze giuridiche i cui steccati interni ed esterni sono apparsi ancor più anacronistici proprio in forza di una bioetica trasversale per definizione. In tal senso, al di là delle questioni problematiche poste dalla bioscienza, è stata proprio l'elaborazione bioetica a spingere ulteriormente le scienze giuridiche verso una maggiore apertura alla dimensione interdisciplinare e internazionale. Ed infine la bioetica ha sfidato le religioni, le convinzioni, le coscienze rispetto alle prospettive di un'etica comune in un tempo caratterizzato da pluralità e pluralismi (R. Sala, *Bioetica e pluralismo dei valori*, Liguori, Napoli, 2003).

Nulla tolgono a tale valenza i crescenti attacchi “contro la bioetica” accusata di ostacolare la ricerca, di impedire un efficiente sistema decisionale e di fondarsi su un approccio deontologico inefficace (J. Baron, *Against Bioethics*, The MIT Press, Cambridge MA, 2006). Indubbiamente la riflessione bioetica è scossa dalla crescente polarizzazione tra bioetica clinica e bioetica speculativa, tra bioetica cattolica e bioetica laica (G. Fornero, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Bruno Mondadori, Milano, 2005) e, per quanto riguarda le ricadute normative, tra bioetica contrattual-negoziale e bioetica ontologico-veritativa ispirata dalle leggi di natura. Ciò tuttavia non sembra poter cancellare il significato profondo di una riflessione plurale nata per far fronte ad un fenomeno complesso. Restano vive dunque “le ragioni” profonde dell'investigazione bioetica (S. Spinsanti, *Le ragioni della bioetica*, Cidas, Roma, 1999). La stessa proposta anglosassone di ampliare il metodo bioetico e parlare ormai di “medical humanities” – nel senso di un incontro globale tra scienze biomediche e scienze umane – apre di per sé un nuovo orizzonte metodolo-

gico al diritto. E non è un caso che il volume di Federica Botti esca pochi mesi dopo la pubblicazione del primo manuale italiano di *Medical humanities* (*Manuale di medical humanities*, a cura di R. Bucci, Zadigroma, Roma, 2006).

Le tre sfide del biodiritto al diritto ecclesiastico – l’essere nuovo ambito di verifica dei rapporti Stato-Chiese e della libertà religiosa; l’essere specchio delle più generali trasformazioni ordinamentali; l’essere fattore di rinnovamento metodologico nel solco della bioetica e delle *medical humanities* – sono al centro della monografia dedicata da Federica Botti all’eutanasia in Svizzera.

L’eutanasia è un nodo per la molteplicità di situazioni problematiche degli stati terminali nel tempo della medicina tecnologica, della fine del paternalismo medico e dell’invecchiamento della popolazione. Ed è un nodo giuridico non soltanto per il medico legale, ma per la scienza giuridica nel suo complesso (C. Tripodina, *Il diritto nell’età della tecnica. Il caso dell’eutanasia*, Jovene, Napoli, 2004). Il tema circoscritto dall’autrice è non soltanto quello dell’eutanasia (attiva o passiva), ma quello più vasto di tutto il trattamento giuridico del fine vita, inclusa la definizione giuridica della morte, la regolazione delle leniterapie e delle direttive anticipate, l’individuazione dello status del fiduciario. Rispetto al tema così definito, l’esperienza svizzera è scelta dall’autrice per la ricchezza del caso e per la sua complessità giuridica. Combinati alla peculiarità del diritto ecclesiastico svizzero innovato dalle recenti riforme costituzionali, tali fattori fanno dell’esperienza elvetica un significativo laboratorio. Ciò non può sorprendere chi ricordi l’antico legame dell’ecclesiasticistica italiana con l’esperienza elvetica, fin dalla paternità della formula cavouriana cui dedicò uno scritto cruciale uno dei padri del diritto ecclesiastico italiano (F. Ruffini, *Le origini elvetiche della formula del Conte di Cavour “Libera Chiesa in libero Stato”*, in *Festschrift Emil Friedberg zum 70. Geburtstag*, Leipzig, 1908, pp. 199-220).

Rispetto ad un soggetto così complesso, la sistematica è decisiva. E opportunamente il primo capitolo studia la natura giuridica della questione in relazione a quelle più recenti trasformazioni del diritto che interrogano, tra l’altro, la libertà religiosa e le relazioni Stato-Chiese nelle società multiculturali. Il secondo si concentra sulle specificità ordinamentali elvetiche e sul loro impatto sulla rego-

lazione dell'eutanasia con specifico riferimento alla dimensione ecclesiasticistica (e in particolare al pluralismo ideologico). Il terzo e il quarto analizzano la problematica nel dettaglio della regolamentazione elvetica – ma con costante attenzione alla più vasta regolazione europea – dei trattamenti di fine vita. Nella rete di istituzioni e procedure delineata emerge un approccio pragmatico e pluralista coerente con la fisionomia complessa della società e dell'ordinamento elvetico (in cui va incluso l'assetto a forte decentramento cantonale dei rapporti tra Chiese e Stato). È in tale contesto che, come nota l'Autrice, prevale un approccio al tema in cui l'autorità elvetica “procedimentalizza a suo modo le attività eutanasiche, valorizza le cure palliative, cerca di tutelare in modo radicale e scrupoloso la volontà del malato”.

Il quinto capitolo affronta il nodo delle relazioni Stato-Chiese e delle strategie ecclesiastiche (in particolare cattoliche) di approccio alle politiche pubbliche e ai problemi regolatori. È l'ulteriore conferma dell'attenzione dell'autrice per la pertinenza ecclesiasticistica del tema. Il nodo dell'eutanasia è del resto già stato in passato luogo di tensione – addirittura diplomatica come nei Paesi Bassi – tra Santa Sede e governi. Federica Botti lo studia in relazione alla specifica struttura dell'approccio elvetico alla questione e in particolare alle competenze degli organi medici di autogoverno. L'autrice giunge così a chiedersi “se nella situazione della Svizzera, dove un grande potere è affidato ai medici e alle loro organizzazioni – all'interno delle quali l'influenza cattolica è, malgrado ogni sforzo, marginale – non sarebbe più opportuno per la Chiesa cattolica sostenere l'approvazione di norme legislative sull'eutanasia nell'ambito di un provvedimento organico che affronti la materia”. Dal che emerge una doppia lezione. Da un lato si evidenzia la difficoltà per le Chiese di individuare il miglior percorso di tutela nell'ordinamento dei principi da esse difesi (nel caso della Chiesa cattolica in Svizzera, nota ancora Botti, “sarebbe il caso di prendere atto che l'uso tradizionale dello strumento legislativo consente in realtà un maggiore controllo del fenomeno e un ridimensionamento dei suoi effetti più negativi, anche se può apparire un cedimento sul piano dei principi”); dall'altro emerge la stretta connessione in ambito biogiuridico tra assetti ordinamentali, forme dell'autonomia degli operatori sanitari e libertà di coscienza e religione.

Tema e metodologia finiscono così per posizionarsi saldamente nel solco di quell'approccio ecclesiasticistico che si è definito quando la sensibilità costituzionale della *legislativo libertatis* si è innestata sulle fondamenta ruffiniane dell'eguaglianza sostanziale. Dove l'attenzione alla dimensione istituzionale delle formazioni sociali e lo sguardo sulle intime esigenze della coscienza individuale hanno una dimensione comparata, europea e interdisciplinare.

Il saggio di Federica Botti conferma che il diritto ecclesiastico ha qualcosa da dire nel dibattito biogiuridico. A condizione che sappia scommettere sulla vitalità del proprio patrimonio e che sappia accettare i rischi impliciti nella riscrittura del sapere giuridico tradizionale.

Siena, 15 novembre 2006

Marco Ventura
Professore ordinario Università degli Studi di Siena

CAPITOLO I

ATTIVITÀ NORMATIVA DELLO STATO E AUTODISCIPLINA NELLE SOCIETÀ MULTICULTURALI

1. *Crisi delle fonti di produzione normativa nelle società multiculturali*

Uno dei fenomeni più significativi del processo di globalizzazione è costituito dalla progressiva perdita da parte degli Stati della loro funzione esclusiva di legislatori¹, al punto che, oggi, numerose materie sono affidate all'autodisciplina dei privati. Questo fenomeno²

¹ Questa tesi è oggi argomentata e sviluppata in: M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000, *passim*, la quale, partendo dalla definizione di globalizzazione data da Susan Strange (S. STRANGE, *The Erosion of the State*, in «Current History», 96, 613, novembre 1997, pp. 365-369; *Governments, Globalization, and International Business*, Oxford University Press, Oxford, 1997, pp. 132-145; *Chi governa l'economia mondiale? Crisi dello Stato e dispersione del potere*, trad. it., Il Mulino, Bologna, 1998) – che ne parla come uno dei possibili modelli di produzione delle norme giuridiche caratterizzato dal passaggio di consegne di sempre maggiori poteri dagli Stati ai mercati – sottolinea come “il diritto globale si svincola dal territorio assumendo da un lato una valenza universale e transnazionale, dall'altro si frantuma in molteplici dialetti giuridici”. Il diritto, quindi, secondo l'autore, diventa mimetico rispetto ai bisogni che via via vengono in essere per cui si moltiplicano i soggetti legislatori, sempre più privati, mentre le regole divengono sempre più mutevoli e instabili. L'ordine giuridico viene pertanto creato privatamente da un numero sempre maggiore di soggetti produttori. Questo fenomeno non riguarda solo le norme civilistiche, ma tocca tutte le branche del diritto, anche quelle che a prima vista sembrerebbero riservate all'esclusiva competenza degli Stati. Per un esame del problema dal punto di vista penalistico si veda: F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», n.s., XLIV, II, 2001, pp. 1193-1200.

² La *lex mercatoria* è stata posta al centro di un'ampia e interessante riflessione giuridica che ha visto la partecipazione di numerosi e valenti studiosi. Tra questi va certamente segnalato il fondamentale contributo di P. GROSSI, *L'ordine giuridico*

– affatto nuovo –, a differenza del passato³, presenta carattere generale: non attiene solo al settore economico, ma riguarda anche materie di più largo impatto sociale, con forti contenuti etici⁴. Si pensi, ad esempio, a quelle comunità o gruppi omogenei, accomunati da appartenenze culturali e linguistiche, da un identico sentire religioso, che – stanziati su di un determinato territorio – danno vita ad un'attività normativa⁵, ad un ordine giuridico, che trova le proprie radici

medievale, Laterza, Roma-Bari, X, 2003, *passim*, il quale traccia un affascinante affresco dei modi di produzione giuridica nell'epoca medievale, evidenziando la grande duttilità del sistema che in assenza dello Stato e di un suo intervento globale, riusciva a rispondere alle necessità della società lasciando all'autodisciplina la regolamentazione di numerose materie, in una situazione nella quale il ruolo del diritto di produzione statale era veramente minimo. Sull'argomento, da ultimo, F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005, il quale sottolinea che oggi il diritto muta rapidamente nel tempo, ma si uniforma sempre più nello spazio. Il risultato di questo processo è la nascita di un nuovo diritto universale, di una nuova *lex mercatoria*, caratterizzata dalla capacità di assorbire l'eredità giuridica di Oriente e Occidente al punto che i diritti nazionali, non più limitati ai confini politici degli Stati, consentono di individuare per ogni situazione la norma giuridica più idonea. La riduzione delle competenze degli Stati, ai quali il mercato globale ha sottratto numerose prerogative sovrane, fa emergere il ruolo di una nuova classe burocratica e tecnocratica, tanto che "esperti", rappresentati dai loro ordini professionali e corporativi, si sostituiscono alle assemblee elettive. La norma, come nel Medioevo, viene dunque prodotta dall'"ordine professionale", da una *Authority*, dando luogo alla presenza di una pluralità di norme per cui i destinatari del precetto scelgono, a seconda del gruppo di appartenenza e della situazione nella quale si trovano, la norma da rispettare. Per completezza, sul punto si veda ancora F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 2001, *passim*; N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2001, *passim*; ID., *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in «Riv. dir. civ.», I, 2002.

³ J. OSTERHAMMEL, N.P. PETERSSON, *Storia della globalizzazione: dimensioni, processi, epoche*, Il Mulino, Bologna, 2005; P. SLOTERDIJK, *L'ultima sfera: breve storia filosofica della globalizzazione*, Carocci, Roma, 2005; J.A. SCHOLTE, *Globalization: a critical introduction*, Palgrave MacMillan, Basingstoke, New York, 2005².

⁴ Queste tematiche sono state recentemente e ampiamente riprese da G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, Armando, Roma, 2005.

⁵ Le diversità culturali "per nascita" divengono fattore qualificante e determinante di appartenenza al gruppo. Le appartenenze culturali vengono difatti assolute, portando ad un'esasperazione nella rivendicazione dei diritti fondamentali e delle libertà personali e di conseguenza provocano l'isolamento rispetto al resto della società. L'identità culturale e la conseguente appartenenza al gruppo, riconosciute sin dalla nascita dell'individuo, non solo non tengono conto delle diversità etiche e fenomenologiche, ma non sempre consentono un'adeguata tutela

nel diritto dei privati, a un ordinamento frutto dell'autodisciplina e coesistente con quello "ufficiale" statale⁶. Si assiste, in casi come questo, ad una moltiplicazione delle fonti di produzione di norme "non legislative", non prodotte in pratica da istituzioni pubbliche elettive⁷ e tuttavia capaci di disciplinare settori più o meno ampi della vita sociale.

Questi "nuovi" canali di produzione del diritto, che nascono da sempre più coesi e omogenei gruppi sociali, culturali, religiosi ed economici, danno vita a comportamenti che, creando un diritto che può essere collocato all'interno di quello consuetudinario, a volte si limitano a regolare un settore della vita sociale, altre volte un insieme di rapporti, quando non un intero segmento della società. Si trat-

nei confronti del singolo appartenente. Infatti, se da un lato è vero che è garantita la libertà di scelta di appartenenza ad una comunità culturale, dall'altro deve essere garantito il diritto di non farvene parte e quindi deve essere garantita la volontà e la libertà di scelta del singolo affiliato. Per una definizione di diritti culturali, tra gli altri, si veda: A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 21 e ss. Sulla capacità dei gruppi omogenei di dare vita a norme (il c.d. Comunitarismo), cfr.: C. TAYLOR, *Radici dell'io. La costruzione dell'identità moderna*, Feltrinelli, Milano, 1993; ID., *Multiculturalismo. La politica del riconoscimento*, Anabasi, Milano, 1993; ID., *Il disagio della modernità*, Laterza, Roma-Bari, 1994. Per un approccio filosofico si consultino anche: E. PARIOTTI, *Individuo, Comunità, diritti: tra liberalismo, comunitarismo ed ermeneutica*, Giappichelli, Torino, 1997; A. FERRARA (a cura di), *Comunitarismo e liberalismo*, Editori Riuniti, Roma, 2000²; E. CANIGLIA, A. SPREAFICO (a cura di), *Multiculturalismo o comunitarismo?*, Luiss University Press, Roma, 2003.

⁶ C. FARALLI, A. FACCHI, *Pluralità delle fonti e modelli teorici. Dalle premesse storiche agli indirizzi attuali*, in A. ARTOSI, G. BONGIOVANNI, S. VIDA (a cura di), *I mutamenti nel sistema giuridico*, Gedit, Bologna, 2001, vol. II (il volume citato fa parte di un'opera in cinque tomi dal titolo *Problemi della produzione e dell'attuazione normativa*, a cura di A. Artosi, G. Bongiovanni, S. Vida, Bologna, 2001); G. TEUBNER, A. RUFINO, *Il diritto possibile. Funzioni e prospettive del medium giuridico*, Guerini e Associati, Milano, 2005.

⁷ L'indebolirsi della compagine statale, il ridursi del ruolo dello Stato a "Stato minimo" ripropongono in altra forma la frammentazione medioevale nella quale "nello stesso territorio avranno vigenza e applicazione [...] sia i cosiddetti *jura propria*, cioè le norme particolari consolidate in consuetudini o emanate localmente da monarchi e da città libere, sia lo *jus commune*, cioè il maestoso sistema giuridico universale elaborato sulla piattaforma romana e canonica da un ceto agguerritissimo di giuristi (maestri, scienziati, pratici), patrimonio scientifico ovunque presente a fornire schemi interpretativi, invenzioni tecniche, soluzioni per i troppi casi localmente non previsti dalla miopia dei singoli legislatori". P. GROSSI, *L'ordine giuridico*, cit., p. 54.

ta di norme autoprodotte, senza l'intervento della legislazione statale o degli enti territoriali, la cui caratteristica di libertà consiste nella separatezza dal potere pubblico⁸.

Il suddetto fenomeno si ritrova anche nell'ordinamento svizzero ed emerge con tutta chiarezza dall'analisi delle norme che regolano i trattamenti di fine vita e l'accesso alle pratiche eutanasiche, a proposito delle quali in Svizzera si ricorre a un pluralismo giuridico⁹ che ridisegna via via i confini del monopolio dello Stato in campo legislativo, creando fenomeni di decentralizzazione, frammentazione, privatizzazione delle fonti normative e di produzione del diritto. L'autodisciplina assume così importanza centrale nell'elaborazione delle soluzioni date ai problemi giuridici posti dalla rimessa in discussione del bene vita. Il ruolo dello Stato nazionale, inteso come ordinamento giuridico¹⁰, tende a svanire e si limita a regolamentare

⁸ Questa caratteristica di libertà è esaltata dall'ulteriore sviluppo del sistema giuridico medievale, giunto alla sua fase finale, nella relazione tra *jus commune* e *jura propria*. Sul punto ancora P. GROSSI, *L'ordine giuridico*, cit., pp. 223-236.

⁹ G. TEUBNER, "La Bukowina globale": il pluralismo giuridico nella società mondiale, in «Sociologia e politiche sociali», 2, 2, 1999.

¹⁰ Il diritto non è soltanto il prodotto dello Stato, ma un insieme illimitato e illimitabile di strutture sociali nelle quali possono trovare posto, a certe condizioni, sia la Comunità internazionale sia una Confessione religiosa, la famiglia, come una società criminale (la mafia) o un insieme di persone private che si organizzano in qualche modo avendone la consapevolezza. Si veda in tal senso: SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1946², *passim*. L'autore nega l'unicità dell'ordinamento statale e afferma l'esistenza di altri ordinamenti giuridici originali. Rintracciate le caratteristiche di un ordinamento giuridico nella presenza di norme di organizzazione e norme di applicazione dotate di forza cogente, egli ne ravvisa la presenza anche in ordinamenti non statali. Quanto ai reciproci rapporti, la originarietà di ciascun ordinamento conduce necessariamente a riconoscere l'assoluta autonomia e l'"indifferenza" reciproche. A riguardo c'è chi ha fatto notare che "Recuperare una visione del diritto come ordinamento di ogni agglomerato sociale, affermare che ognuno di questi può essere – e spesso nella realtà è – un ordinamento giuridico primario, ha quindi un duplice significato: di recuperare il diritto alla natura stessa del corpo sociale e identificare il diritto come forma vitale di quel corpo nella storia". P. GROSSI, *L'ordine giuridico*, cit., p. 19. La visione del fenomeno giuridico così come appare a noi oggi nell'ambito del cosiddetto Stato moderno di diritto è unilaterale e riduttiva, ispirata, malgrado le premesse economiche e politiche di marca liberale al più rigoroso assolutismo giuridico. Sul punto diffusamente P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX*, in «Rivista di Storia del diritto italiano», LXIV, 1991.

l'essenziale¹¹, lasciando l'individuo in balia di se stesso, a volte nelle mani dei più diversi gruppi di potere – comunità culturali, etniche, linguistiche, ideologiche, professionali, ecc. – che in quel dato momento storico si pongono come portatori d'interessi collettivi prevalenti. La mancanza di uno Stato che sia il solo produttore di norme e la relativa insicurezza che tale carenza provoca contribuiscono alla ricerca da parte dei privati di forme e fonti suppletive attraverso le quali soddisfare il bisogno di certezza¹². Anche sotto questo profilo l'analisi dell'ordinamento svizzero offre numerosi spunti di riflessione e rappresenta un "esempio vivente" di come problemi etici, tra

¹¹ In realtà si tratta di un processo non sempre lineare poiché, soprattutto in Europa, convivono, a volte, spinte contrapposte. Forse per reagire alle incertezze segnalate o più verosimilmente per contrastare lo svuotamento dei poteri dovuti all'inarrestabile crescita di quelli sopranazionali da un lato e dei poteri delle autonomie territoriali dall'altro, mai come in altre epoche storiche, si assiste oggi in alcuni Stati alla emanazione di una legislazione su questioni etiche e di costume. È il caso della legislazione, in molti Stati europei, sulla contraccezione, sull'eutanasia, in materia di coppie di fatto e matrimonio, ecc. Lo Stato sembra essere oggi più etico che mai e tuttavia le scelte sono diverse poiché, mentre alcuni paesi come l'Olanda, il Belgio, la Spagna tendono a degiuridicizzare alcuni aspetti e settori della vita, liberalizzando le unioni e procedimentalizzando l'eutanasia, altri Stati come quello italiano, in controtendenza, cercano di imporre una morale di Stato, come è avvenuto ad esempio con la Legge 40/2004 sulla procreazione assistita. Cfr.: S. CANESTRARI, *Metodiche "tipiche" e "atipiche" di procreazione assistita: profili penali*, in «Sanità pubblica», 2001, 1318; ID., *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in «Diritto penale e processo», 10, 2004, p. 416; ID., *La legge 19 febbraio 2004, n. 40: procreazione e punizione*, in «Bioetica», n. 3, 2004, pp. 421-435. Sulle implicazioni ecclesiasticistiche del problema si veda: M. VENTURA, *Tecniche di procreazione artificiale: la sfida del fattore religioso nella società civile. Insieme alla ricerca del minimo etico*, in V. TOZZI (a cura di), *Nuovi studi di diritto canonico ed ecclesiastico*, Edisud, Salerno, 1990, pp. 499-512; ID., *Sulla procreazione artificiale: un fallimento normativo per la Chiesa cattolica?*, in «Il diritto di famiglia e delle persone», 20, 1991, pp. 1135-1178; ID., *I diritti del nascituro nella legislazione francese: la sfida della laicità*, in A. TARANTINO (a cura di), *Culture giuridiche e diritti del nascituro*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 195-216.

¹² In numerosi paesi sono nate associazioni inscrivibili nell'ambito di quelle di volontariato che si occupano di problemi concernenti la fine della vita. La più nota di queste è senz'altro *Exit*, nata in Inghilterra agli inizi del Novecento, poi diffusa in numerosi altri paesi. Associazioni analoghe esistono in Belgio dove opera l'*Association pour le droit de mourir dans la dignité* (ADMD), mentre in Olanda è molto attiva la *Nederlandse Vereniging voor een Vrijwillig Levenseinde* (NVVE) www.nvve.nl. Nella Svizzera tedesca è diffusa la presenza della associazione *Dignitas* ora presente anche in Germania, www.dignitas.ch.

i quali la disponibilità del bene vita, possano trovare soluzione sul piano dell'autodisciplina, attraverso la delega a ordini professionali dell'elaborazione delle regole, a fronte di un ritirarsi sia del Parlamento federale che di quelli cantonali.

In questo contesto l'affiliazione a movimenti religiosi più o meno nuovi, a gruppi politici o sociali, la riscoperta di una comune identità linguistica e culturale¹³ – al fine di costituire una comunità, un gruppo nel quale identificarsi e sentirsi parte di un tutto – costituiscono ambiti di produzione normativa nei quali le esigenze e gli interessi comuni vengono elaborati e regolati. Siamo di fronte alla crisi dello Stato come compagine sociale prima che ordinamentale, per come eravamo abituati a conoscerlo.

Uno degli effetti più visibili di questo processo di trasformazione che investe ormai tutte le società mature dell'Occidente è il formarsi e il consolidarsi di comunità ghettizzate, tra loro scarsamente interagenti¹⁴. Tale fenomeno appare certamente più visibile e identi-

¹³ Di particolare interesse rimane sul punto lo sforzo sistematico di A. PIZZORUSSO, *Le minoranze nel Diritto pubblico interno*, Giuffrè, Milano, 1967, *passim*; ID., *Minoranze e maggioranze*, Einaudi, Torino, 1993. Il quadro disegnato dall'autore è oggi sconvolto dai sempre maggiori poteri trasferiti agli organi decentrati dello Stato. Per il caso italiano si veda U. RESCIGNO, *Federalismo conflittuale*, in «La Rivista del Manifesto», 5 aprile 2001; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; V. CERULLI IRELLI, C. PINELLI (a cura di), *Verso il federalismo: normazione e amministrazione nella riforma del titolo V° della Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 2004.

¹⁴ Il processo di frammentazione quando non di dissoluzione di una compagine statale può essere ricomposto attraverso strumenti istituzionali adeguati. Un esempio ci viene dall'ordinamento belga che ha fatto ricorso ad un federalismo molto articolato per ricomporre la separazione del paese su base linguistica. F. DELPÉRÉE, CENTRE D'ÉTUDES CONSTITUTIONNELLES ET ADMINISTRATIVES (a cura di), *La Belgique fédérale*, Bruylant, Bruxelles, 1994, pp. 233-241, 176-216 e 322-335, in particolare; J.P. BARBICHE, *Devolutions et federalisme*, Des faits et des idées, Paris, 2003. I problemi che scaturiscono dalla differenziazione su base religiosa sono stati affrontati nella contigua Olanda ricorrendo al consociativismo che, pur mantenendo una formale unità istituzionale, articola la società per segmenti autorganizzati – *zuil* e *stroming* – che consentono ai diversi gruppi nei quali la società è divisa di coexistere il potere e dividersi l'accesso alle risorse in rapporto al peso delle diverse componenti. A. LIJPHART, *The Politics of Accommodation: Pluralism and Democracy in the Netherlands*, Berkeley-London, 1968; ID., *Democracy in Plural Societies. A comparative exploration*, New Haven-London, 1977; ID., *Topologies of Democratic Systems*, *Comparative Political Studies*, Berkeley-London, 1968, vol. I, pp. 3-34; A. PAPPALARDO, *Il tramonto della democrazia consociativa: il caso dell'Olanda*,

ficabile in Europa occidentale se si guarda agli immigrati provenienti da contesti extraeuropei che, per il loro bagaglio culturale e/o religioso, spesso diverso dai modelli tradizionali¹⁵, si trovano immessi in una società che fonda le sue radici su valori e principi differenti e spesso incompatibili con quelli del paese di origine¹⁶.

I partiti e governi di coalizione in Europa, Garzanti, Milano, 1978, pp. 80-90; ID., *Le condizioni della democrazia consociativa. Una critica logica ed empirica*, in «Riv. it. scienz. Pol.», 1979, IX, p. 3 e ss.; N. GRECO, *Costituzione e strutture di governo dei Paesi Bassi*, Cedam, Padova, 1982; H. DAALDER, *The Netherlands: Opposition in a Segmented Society*, in R.A. DAHL, *Political opposition in Western democracies*, Yale University Press, New Haven, 1966, pp. 188-236; G. CIMBALO, *I rapporti finanziari tra Stato e Confessioni religiose nei Paesi Bassi*, Giuffrè, Milano, 1989, *passim*. Non mancano altri esempi di soluzioni possibili solo che si guardi all'ordinamento spagnolo il quale ha affrontato in modo positivo attraverso il riconoscimento delle Comunità autonome l'insistenza sul territorio dello Stato di più "nazioni". A. PEREZ CALVO, *Le trasformazioni strutturali dello Stato-nazione nell'Europa comunitaria*, in «Quaderni Costituzionali», 3, 2001, pp. 591-604.

¹⁵ Quando parliamo di differenza con i modelli occidentali, dobbiamo tenere presente che non abbiamo un modello univoco di riferimento; infatti, se guardiamo alla complessa questione del ruolo della donna nell'Islam le considerazioni che sviluppiamo e le conclusioni alle quali perveniamo sono fortemente condizionate dalla specificità della situazione sociale nei diversi Stati e dalle differenti latitudini. È difficile, infatti, trovare denominatori comuni tra il ruolo della donna in Turchia, quello nei paesi del Maghreb, in Indonesia, in Iran, in Arabia Saudita. Sul punto si veda A. KIAN THIÉBAUT, *L'islam, les femmes et la citoyenneté*, in «Pouvoirs. Revue Française d'Etudes Constitutionnelles et Politiques», 104, 2003, pp. 71-84, ma il numero è monografico ed è dedicato ad Islam e democrazia. Si veda inoltre S.M. OKIN, *Feminism and Multiculturalism: Some Tensions*, in «Ethics», 1998, 108, p. 666 e ss.; ID., *Is Multiculturalism bad for Women?*, Princeton University Press, Princeton, 1999; E. FRAZER, *Féminisme et communitarisme*, in «Pouvoirs. Revue Française d'Etudes Constitutionnelles et Politiques», 82, 1997, pp. 17-34; E. DIENI, *Appartenenza, religiosa e diritti della donna: per una mappatura preliminare del campo d'indagine*, in «Q.D.P.E.», 1, 2000, pp. 217-248.

¹⁶ F. FERRAROTTI, *La convivenza delle culture: un'alternativa alla logica degli opposti fondamentalismi*, Dedalo, Bari, 2003; S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale: eguaglianza e diversità nell'era globale*, Il Mulino, Bologna, 2005; M. WIEVIORKA, *La differenza culturale: una prospettiva sociologica*, trad. di A.L. Farro, Laterza, Roma-Bari, 2002; C. VIGNA, S. ZAMAGNI (a cura di), *Multiculturalismo e identità*, V&P Università, Milano, 2002; R. DE VITA, F. BERTI, L. NASI (a cura di), *Identità multiculturale e multireligiosa: la costruzione di una cittadinanza pluralistica*, Franco Angeli, Milano, 2004; A. SEMPRINI, *La società di flusso. Senso ed identità nelle società contemporanee*, Franco Angeli, Milano, 2003; C. GRUNITZKY, *Transculturalism. How the world is coming together: essay, analyses, personal tales, and optimistic views of the future*, PowerHouse, New York, 2004.

La crisi dello Stato nazionale, e conseguentemente della teoria istituzionale che permetteva di costruire una gerarchia delle fonti normative, pone delle domande su come sia possibile in una società multiculturale – caratterizzata da una accentuata frantumazione in differenti comunità – produrre delle norme universalmente condivise e applicate. Domande che necessitano di una risposta¹⁷.

Sul punto esistono posizioni diverse a seconda che si condividano le teorie del liberalismo politico¹⁸ o quelle comunitariste¹⁹ o che di queste si voglia fare una sintesi²⁰. Per scegliere tra le risposte più credibili sem-

¹⁷ J. HABERMAS, R. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, Milano, 1998; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005.

¹⁸ Cfr. C. LARMORE, *Le strutture della complessità morale*, trad. di S. Nono, Milano, 1990. Per una ricostruzione delle posizioni di J. RAWLS, *Liberalismo politico*, trad. di G. Rigamonti, a cura di S. Veca, Edizioni di Comunità, Milano, 1994; ID., *Una teoria della giustizia*, trad. di U. Santini, rev. e cura di S. Maffettone, Feltrinelli, Milano 1999; ID., *La giustizia come equità. Saggi (1951-1969)*, a cura di G. Ferrant, Liguori, Napoli, 1995.

¹⁹ Da ultimo, sull'attualità del Comunitarismo, si veda Z. BAUMAN, *Voglia di comunità*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

²⁰ Un altro approccio è quello di J. Habermas. La sua elaborazione si propone come sintesi tra comunitarismo (cfr. A. FERRARA [a cura di], *Comunitarismo e liberalismo*, Editori Riuniti, Roma, 1992) e neutralismo. L'autore presenta un modello teorico democratico sensibile alle differenze e alle problematiche identitarie e nello stesso tempo attento alle esigenze di neutralità politica come risposta al pluralismo etico. All'interno del modello habermasiano, infatti, il dialogo politico risulta essere eticamente connotato grazie all'apertura di spazi per il confronto democratico, cui ogni cittadino ha accesso in virtù di un sistema rappresentativo fondato su di un flusso costante di comunicazioni tra il centro e la periferia. L'imparzialità delle istituzioni e la legittimità delle decisioni prese sono garantite dall'eguale possibilità di partecipazione al dialogo politico concessa ad ogni cittadino, il quale potrà considerarsi, in questo modo, non solo come destinatario, ma anche e soprattutto come autore delle norme su cui si vanno a strutturare le interazioni sociali stesse. Nonostante la pregnanza etica del discorso politico, non dobbiamo credere che l'accordo tra i cittadini coinvolga tutti gli aspetti della loro vita, dalla loro visione del concetto di bene, alle convinzioni in materia di giustizia distributiva. L'accordo su cui si struttura il vivere comune è un accordo prettamente politico che verte, in particolare, sulle procedure di produzione giuridica e di legittimo esercizio del potere. Un accordo politico che lascia vivere al suo esterno il pluralismo etico. Sulla posizione di Habermas, si veda: J. HABERMAS, R. TAYLOR, *Multiculturalismo*, cit.; più in generale sul pensiero di Habermas, si veda: J. HABERMAS, *Fatti e norme*, Guerini e Associati, Milano, 1996; ID., *L'insostenibile contingenza della giustizia*, in «Micro Mega», 5, 1996; ID., *Solidarietà tra estranei*, Guerini e Associati, Milano, 1997; ID., *L'inclusione dell'altro*, Feltrinelli, Milano, 1998; ID., *La costellazione postnazionale*, Feltrinelli, Milano, 1999.

bra utile ricercarne le soluzioni sul piano empirico. In questa prospettiva uno studio comparato della legislazione svizzera a proposito dei trattamenti di fine vita fornisce una risposta originale e interessante a tali quesiti, tanto da giustificare e sollecitare un'indagine approfondita di quell'ordinamento e sulle tecniche legislative e normative che utilizza.

Osservando l'assetto istituzionale degli Stati europei notiamo che tutti, in un periodo relativamente recente, hanno avviato o concluso processi di federalizzazione e/o regionalismo, vedendo in questa "frantumazione" una risposta alla crisi dello Stato nazione, alla costante crescita delle competenze e dei poteri delle istituzioni comunitarie, una soluzione al bisogno delle istituzioni di creare un nuovo e più solido rapporto con le popolazioni presenti sul territorio²¹. Parliamo non a caso di popolazioni e non di cittadini, poiché la forte immigrazione presente su tutto il territorio europeo ha creato l'esigenza, da parte degli individui, accomunati da una medesima identità culturale e/o religiosa e/o linguistica, di rivendicare dei diritti²² legati alla propria condizione di immigrati. Questo processo si è sviluppato a macchia di leopardo quanto meno sull'intero terri-

²¹ Si tratta in verità di un federalismo di nuovo tipo in quanto, invece che essere frutto di aggregazione, diviene strumento di gestione programmata della dissoluzione di compagini statali un tempo centralizzate e unitarie. Si veda A. PEREZ CALVO, *Le trasformazioni strutturali*, cit., *passim*; A. REPOSO, *Profili dello Stato autonomo: federalismo e regionalismo*, Giappichelli, Torino, 2005, 2^a ed. rielaborata e accresciuta; S.B. GALLI, *Le alchimie del federalismo: la "lunga marcia" del Belgio (1830-1993). Percorsi storici, costituzionali e istituzionali*, European Press Academic Publishing, Firenze, 2005; L. TORCHIA (a cura di), *Welfare e federalismo*, Il Mulino, Bologna, 2005; *Osservatorio sul federalismo e i processi di governo. Il rafforzamento della democrazia regionale e locale nell'Unione Europea*, Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee, Lussemburgo, 2004; T. GROPPI, *Il federalismo*, Laterza, Bari-Roma, 2004; L. VANDELLI, *Devolution e altre storie: paradossi, ambiguità e rischi di un progetto politico*, Il Mulino, Bologna, 2002.

²² Diritti che non sono più come un tempo espressione di una volontà di integrazione alle regole dello Stato ospitante, ma diritti di "particolarismo", di rivendicazione della propria autonomia e diversità. Non integrazione, ma differenziazione. Carattere distintivo dell'attuale immigrazione è dato dal fatto che le comunità straniere riproducono e conservano i modelli culturali preesistenti dei loro paesi di provenienza. A. DAL LAGO, *Non persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milano, 1999; A. ARRU, J. EHMER, F.A. RAMELLA (a cura di), *Immigrazioni, mercato del lavoro e globalizzazione*, L'Harmattan Italia, Torino, 1998; *Migrazioni*, numero monografico di «Quaderni storici», 106, 2001; A. LONNI, *Immigrati*, Mondadori, Milano, 2003; P. CORTI, *Storia delle migrazioni internazionali*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

torio dell'Europa occidentale, oltretutto rafforzandosi, poiché le esigenze identitarie, che inizialmente erano espressione di un disagio riguardante un numero limitato di persone insediate in un periodo più o meno recente su un territorio straniero²³, si sono estese anche agli stessi autoctoni che, per motivi diversi, si sentivano e si sentono a loro volta stranieri nel loro stesso paese²⁴. Proprio l'affermarsi dei diritti prodotti da nuove comunità fa emergere negli antichi residenti reazioni di chiusura e di rigetto dei nuovi venuti che si esprimono nella ricerca di una riscoperta della propria identità la quale, a volte, degenera in atteggiamenti razzisti e di intolleranza²⁵. La ricchezza, il bisogno di affermazione economica e sociale, il perdurante fenome-

²³ G. BAUMANN, *L'enigma multiculturale: stati, etnie, religioni*, trad. di U. Livini, Il Mulino, Bologna, 2003; R. BOUDON, *Pluralità culturale e relativismo*, in E. CANIGLIA e A. SPREAFICO (a cura di), *Multiculturalismo o Comunitarismo?*, Luiss University Press, Roma, 2003, pp. 49-74; M. CALLARI GALLI (a cura di), *Nomadismi contemporanei: rapporti tra comunità locali, Stati-nazione e flussi culturali globali*, Guaraldi, Rimini, 2003.

²⁴ Si capisce in questo contesto il proliferare di movimenti, di partiti politici che rivendicano l'autonomia, la cultura, le tradizioni proprie di determinati gruppi insediati nelle diverse zone di uno stesso Stato. Per ora sono gli autoctoni a difendersi, ma si cominciano ad avvertire i primi effetti sulle comunità mussulmane in Francia e Inghilterra. Cfr. A. BOYER, *L'Institut Musulman de la Mosquée de Paris*, Paris, 1992; J. CESARI, *Être musulman en France. Associations, militants, mosquées*, Paris, 1994; ID., *Musulmans et républicains: les jeunes, l'islam et la France*, Bruxelles, 1998; M. RENARD, *France, terre des mosquées*, in «Hommes et Migrations», 1220, luglio-agosto 1999; M. TELHINE, *L'institut musulman de la grande mosquée de Paris*, in «Migrations Société», 81-82, maggio-giugno 2002, pp. 229-234; P. WEIL, *La république et sa diversité: immigration, intégration, discrimination*, Seuil, Paris, 2005.

²⁵ Questi fenomeni sono stati oggetto di un attento studio da parte del sociologo Ilvo Diamanti, ai cui scritti rinviamo. Si veda I. DIAMANTI, *La Lega: geografia, storia e sociologia di un nuovo soggetto politico*, Donzelli, Roma, 1993, ID., *Il male del Nord: Lega, localismo, secessione*, Donzelli, Roma, 1996. Si veda inoltre: M. HUYSEUNE, *Modernità e secessione: le scienze sociali e il discorso politico della Lega Nord*, trad. di P. Mura, Carocci, Roma, 2004. Emblematico è anche il caso olandese dove la reazione a queste presenze è sfociata nella nascita di un partito anti-immigrati fondato da Pim Fortuyn, che ha raccolto non pochi consensi. La radicalità dello scontro ha portato all'uccisione dello stesso Fortuyn. Sulle ragioni di questo movimento si vedano: P. FORTUYN, *Een religieus-sociologisch traktaat*, Hardcover, 2002; ID., *De islamisering van onze cultuur. Nederlandse identiteit als fundament*, Hardcover, 2001. Si veda anche: T. DE HERRDT, *Verantwoordelijkheid in de publieke ruimte: Fortuyn en het Jenevermodel*, in «Streven», 69, 8, 2002, pp. 728-732. Da segnalare infine l'analogo movimento fondato da Joerg Haider in Austria.

no del calo della natalità fanno sì, tuttavia, che le moderne società dell'Europa occidentale si trovino nella necessità d'individuare negli immigrati la risposta ai problemi che queste esigenze provocano: dal bisogno di forza lavoro a quello di ripopolare centri abitati periferici ormai vuoti²⁶, alla necessità di rilanciare la piccola impresa e l'artigianato, a quella di far crescere, comunque, la popolazione per ricreare un equilibrio tra popolazione attiva e popolazione passiva.

La società svizzera raccoglie e sintetizza efficacemente tutti questi elementi e dà ai diversi problemi una risposta che utilizza una struttura federale nata da secoli e che dispone oggi di sistemi e regole di funzionamento ormai collaudate²⁷. Dobbiamo tener conto che ci troviamo di fronte ad una pluralità di interessi contrapposti, ma che al contempo necessitano e trovano la propria ragion d'essere nell'esistenza l'uno dell'altro. Il multiculturalismo, nella prospet-

²⁶ Questi problemi sono analizzati approfonditamente nell'indagine condotta da numerosi specialisti di diverse discipline, oggi riportate nel volume N. ACCIOLLA, E. SONNINO (a cura di), *Movimenti di persone e movimenti di capitali in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2003. È possibile così ricostruire gli effetti dei flussi migratori sull'evoluzione del *welfare* e in particolare l'effetto positivo del lavoro degli immigrati sul sistema pensionistico e sul ripopolamento di zone rurali e periferiche anche nel sud Italia. Una politica organica di integrazione selettiva e utilitaristica è adottata in Canada. Il modello canadese si caratterizza per un sistema a punti che viene utilizzato per gestire i flussi di immigrazione sulla base di una programmazione che cambia a seconda delle esigenze del paese. Annualmente il governo pubblica un appello rivolto a persone provenienti da ogni paese, in modo da disporre di una larga massa di candidati tra cui scegliere sulla base di parametri individuati e, comunque, resi pubblici e trasparenti (età, capacità professionali, stato familiare, conoscenza della lingua). Per ciascuno di tali parametri viene dato un punteggio, e solo coloro che superano una soglia predefinita possono immigrare legalmente in Canada. Si veda D. TAINO, *Lavoro, un sistema a punti per scegliere gli immigrati*, in «Corriere della Sera», 17 settembre 2006, 19. Per un ulteriore approfondimento cfr. H. ENTZINGER, M. MARTINIELLO e C. WIHTOL DE WENDEN (a cura di), *Migration between states and markets*, Ashgate, Aldershot, 2004; M. MARTINIELLO, *Migration, citizenship and ethno-national identities in the European Union*, Avebury, Aldershot, 1995.

²⁷ La creazione del moderno sistema federale della Svizzera risale al 1848, anno della creazione dello Stato federale. Ma le origini del suo federalismo risalgono al 1291, quando i Cantoni primitivi di Uri, Schwyz e Unterwalden si unirono contro il pericolo esterno rappresentato dagli Asburgo. A questo patto principe, originario, si sono poi aggiunte altre entità territoriali (Cantoni), così che oggi la Svizzera conta ventisei Stati (23 Cantoni e 3 semi-Cantoni).

tiva dell'integrazione, è la risposta alle esigenze di ricomposizione di queste spinte diverse che vengono dal territorio²⁸.

Allo stato attuale non è dato sapere quale sia la possibile ricomposizione dei valori fondanti della convivenza, in quanto sembrano prevalere in questa fase esigenze particolaristiche di questo o quel gruppo²⁹. Quello che è certo è che la distribuzione di gruppi etnici e popolazioni, di ceppi linguistici, gruppi religiosi sul territorio risulterà profondamente modificata, in continua evoluzione, disegnando uno spazio europeo con nuove e inedite caratteristiche³⁰.

²⁸ Il termine *multiculturalismo* fu coniato per la prima volta in Canada intorno agli anni Sessanta allorché il fenomeno migratorio fu abilmente sostenuto dai governi dell'epoca e si fece più intenso grazie alla politica del primo ministro Trudeau. Tale espressione sostituì il termine *biculturalismo*, del quale rappresenta una evoluzione, per indicare la presenza nel paese di gruppi di immigrati appartenenti alle più svariate etnie. Alla oramai tradizionale e stabilizzata comunità francofona se ne aggiunsero molte altre. La possibilità lasciata ai residenti di origine francese di mantenere la propria identità conservando lingua e tradizioni, sostenuta da un'autonomia istituzionale rispetto alla comunità anglofona, dominante nel resto del paese, viene via via estesa alle diverse comunità presenti nel paese, col risultato che oggi si contano in Canada cento e più lingue differenti, alle quali corrispondono altrettante *enclaves* culturali. L'apertura all'immigrazione di un territorio di quasi dieci milioni di chilometri quadrati, che fino al secolo scorso aveva una popolazione che superava appena i 15 milioni di abitanti, era, d'altra parte, una scelta necessaria per controbilanciare la forte presenza statunitense nel popolare il continente. Ora la popolazione è più che raddoppiata, ma le problematiche legate alla convivenza di diversi gruppi etnici risulta certamente ampliata. In quel contesto l'approvazione nel 1971 del *Canadian Multiculturalism Act* risulta necessaria e funzionale alla politica di assimilazione e ha dispiegato i suoi effetti fino al settembre del 2005.

²⁹ Sulle strategie per una "integrazione ragionevole", che concilia le esigenze democratiche tradizionalmente legate allo Stato nazionale e le diversità culturali e identitarie, si veda: F. ALLAM KHALED, M. MARTINIELLO e A. TOSOLINI (a cura di), *La città multiculturale: identità, diversità, pluralità*, EMI, Bologna, 2004; M. MARTINIELLO, *Le società multiethniche*, Il Mulino, Bologna, 2000.

³⁰ La creazione di consistenti e radicate *enclaves* culturali, politiche, religiose, il loro radicamento sul territorio è destinato a trasformare il panorama politico e sociale dell'Europa, disegnando uno spazio nel quale devono poter convivere etnie e culture tra loro differenti. Lo sbocco di questa trasformazione può essere certamente quello di un conflitto permanente tra queste diverse componenti, ma anche l'inedita sperimentazione di un sistema di convivenza che, malgrado tutti i suoi limiti, l'Unione Europea sta contribuendo a costruire. Se le difficoltà che questo processo può incontrare sono sottolineate da I. CLARK, *Globalizzazione e frammentazione. Le relazioni internazionali nel XX secolo*, Il Mulino, Bologna, 2001, quanto avvenuto nei territori dell'ex Jugoslavia dimostra l'impraticabilità della politica della pulizia

Rispetto a tutti questi problemi la Svizzera costituisce un interessante laboratorio in quanto, nel piccolo spazio del suo territorio, raccoglie tutti questi fenomeni e contraddizioni rispetto alle quali è costretta a elaborare una risposta che merita un attento esame.

2. *Capacità dei gruppi culturali, religiosi, linguistici di produrre norme (Pluralismo normativo)*

L'opinione secondo la quale oggi la *lex mercatoria* è oramai divenuta lo strumento attraverso il quale si crea diritto e che le norme così generate si impongono non solo in settori economici o contrattuali, ma anche su terreni "altri" è assai diffusa e autorevolmente sostenuta³¹. La libera circolazione delle merci, il bisogno di depurare il mercato da tutto ciò che può, in un certo qual modo, ostacolarlo, la necessità di trovare nel valore monetario neutro delle merci una nuova etica, diventano la sola ragion d'essere dell'idea di "uomo nuovo"³² che si sta sempre più radicando e fa sì che siano accantonati, a volte addirittura eliminati, tutti quei simboli e quei valori identitari e culturali ritenuti ormai superflui. Il mercato nel quale oggi si opera è funzionale, ma asettico e in esso, grazie alla globalizzazione, ci si muove come facenti le veci di noi stessi, in un enorme e corrosivo stato di alienazione. Basti pensare alle banconote in euro, dove ponti, porte, finestre hanno preso il posto delle raffigurazioni dei grandi personaggi del passato, che

etnica, se non altro che per i costi umani insostenibili che essa presenta. Una prima soluzione al problema può essere costituita dalla rimozione delle tensioni tra i diversi gruppi religiosi attraverso una generale garanzia della libertà di coscienza, nel solco della tradizione europea di tutela di questa fondamentale libertà. Le metodiche utilizzabili, ricavate attraverso un'ampia ed esaustiva panoramica della legislazione europea al riguardo, con ampio riferimento alle origini storiche di questa esperienza, ci sono offerte dal prezioso e completo lavoro di D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad de conciencia*, Editorial Civitas, Madrid, 2002, I-II voll., il quale, assumendo a parametro di riferimento l'ordinamento spagnolo, pone al centro del sistema di relazioni la tutela della libertà di coscienza della quale utilizza un'accezione certamente più ampia della nozione di libertà religiosa.

³¹ *Infra*, nn. 1-2 e ss.

³² D.R. DOFOUR, *L'art de réduire les têtes. Sur la nouvelle servitude de l'homme libéré à l'ère du capitalisme total*, Denoël, Parigi, 2003.

fino a ieri “indicizzavano gli scambi monetari sul patrimonio dei valori culturali degli Stati-nazione [portando ad] un'esaltazione di una fluidità deculturata”³³. I confini sono abbattuti, la territorialità non ha più ragion d'essere, la torre di Babele rappresentata dalle diverse lingue è ormai crollata sotto il peso dell'influenza *anglofonica*³⁴.

Questo nuovo capitalismo, che sfocia in ultra-liberismo, è letto da alcuni suoi sostenitori come uno strumento di liberazione dalle catene della burocrazia, come esaltazione di un potere individuale sulle leggi economiche e sul mercato³⁵. Se da una parte l'individuo si sente forte perché centro di poteri nel mercato, dall'altra ne è anche vittima. Uno degli effetti di questa politica, infatti, è il progressivo smantellamento delle istituzioni sociali che elimina e rende utopico tutto ciò che prima era corporativo e stabile³⁶. Se è giusto, da un lato, che l'individuo abbia autonomia e possibilità di realizzarsi, dall'altro, non può nemme-

³³ ID., *Dalla riduzione delle teste alla riduzione dei corpi*, in «Le Monde Diplomatique», marzo 2005. C'è di più: i vecchi simboli sono stati addirittura svalutati e sono residualmente rimasti sulle monete, a sottolinearne lo scarso valore.

³⁴ B. CASSEN, *Come sfuggire alla dittatura della lingua inglese?*, in «Le Monde Diplomatique», gennaio 2005. Il dibattito sull'uso delle lingue come strumento per l'espressione di valori si caratterizza per un vasto dibattito, ancora aperto e comunque non affrontabile all'interno di questo scritto. Per i problemi affascinanti che presenta, rinviamo allo scritto di E.W. SAID, *La lingua araba, la Rolls e la Volkswagen*, in «Le Monde Diplomatique», settembre 2004, 29; S. BAUR (a cura di), *Il soggetto plurilingue: interlingua, aspetti di neurolinguistica, identità e interculturalità*, Franco Angeli, Milano, 2004; N. CHOMSHY, *Gli universali della natura umana*, lezione dottorale per il conferimento della laurea *honoris causa*, aula di Santa Lucia, Bologna, 1° aprile 2005.

³⁵ Sul piano teorico la crescita del ruolo dello Stato fu fortemente avversata: G. von HUMBOLDT, *Saggio sui limiti dell'azione dello Stato* (1773), trad. it., Paravia, Torino, 1924, le cui critiche all'attività “interventista” dello Stato sono oggi riprese integralmente dai neo-liberali. Cfr. R. e M. FRIEDMAN, *Liberi di scegliere*, pres. di S. Ricossa, trad. G. Barile, TEA, Milano, 1994. Su posizioni ancora più estreme: D. FRIEDMAN, *L'ingranaggio della libertà. Guida a un capitalismo radicale*, intr. di A. Massaretti, Liberilibri, Macerata, 1997.

³⁶ J. HABERMAS, *La nuova oscurità: crisi dello Stato sociale ed esaurimento delle utopie*, a cura di A. Mastropaolo, Roma, 1998; C. ALTINI, M. CORSARI (a cura di), *Welfare state: il modello europeo dei diritti sociali*, Editoriale San Prospero Modena, 2005; L. TORCHIA (a cura di), *Welfare e federalismo*, Il Mulino, Bologna, 2005; M. TOGNETTI BORDOGNA (a cura di), *I colori del welfare: servizi alla persona di fronte all'utenza che cambia*, Franco Angeli, Milano, 2004; S. BERGER, R. DORE (a cura di), *Differenze nazionali e capitalismo globale*, Il Mulino, Bologna, 1996; S. MEZZADRA, A. PERILLO (a cura di), *I confini della globalizzazione. Lavoro, culture, cittadinanza*, Manifestolibri, Roma, 2000.

no essere lasciato in balia di se stesso, autodisciplinandosi come meglio crede: è per questo che egli ricerca nel gruppo la tutela e la forza per affermarsi e far valere le proprie idee³⁷. Questa confusione e sconvolgimento di cui la globalizzazione e il multiculturalismo sono tra gli artefici fanno sì che compaiano sulla scena diverse esigenze che trovano soddisfazione in diritti particolari elaborati da gruppi o aggregati a base etnica, ideologica, linguistica, religiosa.

Così la funzione regolatrice dello Stato e il valore generale e astratto della legge degradano fino a scomparire³⁸. La sussidiarietà

³⁷ Il ruolo delle formazioni sociali nelle quali l'individuo realizza la propria personalità è sottolineato in U. RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Il Mulino, Bologna, 1966. L'autore, prendendo spunto dall'articolo 2 della Costituzione italiana, rileva che le formazioni sociali si fondano sul consenso di tutti coloro che vi aderiscono. Il potere di autoregolamentazione scaturisce dall'accordo di tutti i soggetti che fanno parte della formazione-istituzione e in essa – a differenza che in Santi Romano – assume un ruolo centrale il contratto di associazione. Così le organizzazioni intermedie finiscono per costituire la massima espressione del pluralismo della società, in cui il principio dell'autonomia privata ispira la nascita e la vita dei soggetti singoli, così come delle formazioni sociali. La tutela del singolo all'interno della formazione sociale è sottolineata da F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario Scialoja e Branca*, Zanichelli, Bologna, 1976², il quale ritiene che tale compito spetti al giudice, chiamato a decidere in ordine a vicende interne delle associazioni particolarmente delicate, quali l'espulsione o il recesso dell'associato. Per una ricostruzione delle posizioni dei vari autori qui richiamati rispetto al tema della pluralità degli ordinamenti giuridici, si veda da ultimo D. MEMMO, *Il rapporto tra ordinamento sportivo ed ordinamento nazionale*, in C. ALVISI (a cura di), *Il diritto sportivo nel contesto nazionale ed europeo*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 3 e ss.

³⁸ In tutti gli ordinamenti europei si vanno sempre più affermando norme relative alla codeterminazione dei provvedimenti legislativi, anche a prescindere dalla natura consociativa dello Stato. In Italia un efficace esempio di questa politica è costituito dalla Legge 241 del 1990 che, avendo l'effetto di garantire una maggiore partecipazione alle attività normative di individui e gruppi, incide certamente sul valore generale della legge e sulla sua natura di norma generale e astratta, scuotendo alla base i principi dello Stato di diritto. Parimenti sul piano della tutela ciò che prima era compito dello Stato è rimesso all'iniziativa del cittadino, operando uno spostamento di risorse verso il mercato, ad esempio, l'insufficienza della copertura pensionistica spinge oggi nella direzione della stipula di pensioni integrative. Tale esigenza è realizzata anche attraverso una diversa destinazione del TFR a svantaggio del lavoratore e dell'impresa drenando, al tempo stesso, risorse dai salari. Si veda *La Legge n. 241/1990, fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, incontro del Gruppo San Martino, Urbino, 15-16 ottobre 1999, a cura di G. Arena, C. Marzuoli, E. Roza Acuña, Napoli, 2001; G. FALCUCI, *Previdenza complementare: esperienze e prospettive*, Cedam, Padova, 2004; E. DE MARCO, *La negoziazione legislativa*, Cedam, Padova, 1984.

diviene lo strumento attraverso il quale si garantisce un livello minimo di tutela dei diritti della persona; la gestione di servizi pubblici abbandona il regime del monopolio amministrativo per scegliere quello della cessione ai privati dei servizi, superando il concetto di servizio pubblico e passando a quello di servizio universale³⁹. In questo percorso il servizio pubblico, che costituisce una delle conquiste della rivoluzione francese, perde il suo carattere di neutralità e laicità, rinnega la ricerca della realizzazione del principio di uguaglianza, a favore di una tutela differenziata tra i diversi gruppi, consegna l'individuo al proprio gruppo e lo fa prigioniero di esso.

Per affrontare i problemi che si creano servono soluzioni anche a livello istituzionale e, se guardiamo, ad esempio, al fattore linguistico come elemento che è insieme di dissoluzione e di aggregazione, rileviamo che una particolare struttura di tipo federalista potrebbe offrire le soluzioni che permettono o consentono la convivenza. Ciò dovrebbe dare la possibilità di riscoprire il valore delle istituzioni, rinnovate e reinventate, restituendo ad esse nuovo vigore ed efficacia⁴⁰. È quanto accaduto in Belgio, dove la tradizionale contrapposizione tra fiamminghi e valloni è stata contenuta mediante il ricorso ad un'opera d'ingegneria istituzionale inedita che ha trasferito la competenza sulle materie personalizzabili alle *Communauté linguistique*, rompendo la tradizionale ripartizione tipica del federalismo classico⁴¹. Se questo è

³⁹ F. BOTTI, *Sulla natura giuridica dei protocolli di intesa*, in G. CIMBALO (a cura di), *Le regioni alla ricerca di una identità inesistente*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 65-96.

⁴⁰ T. GROPPI, *Il federalismo*, Laterza, Roma-Bari, 2004, *passim*; L. VANDELLI, *Devolution e altre storie: paradossi, ambiguità e rischi di un progetto politico*, Il Mulino, Bologna, 2002, *passim*.

⁴¹ In generale sul federalismo si veda: D.J. ELAZAR, *Idee e forme del federalismo*, trad. e cura di L.M. Bassani, Mondadori, Milano, 1995. Sul federalismo belga ci limitiamo a segnalare: F. DELPÉRÉE, *Droit Constitutionnel de la Belgique*, Bruylant, Bruxelles, 2000; ID., *Strutture federali, autonome, regionali ed erogazione dei servizi alla persona*, presentata al Convegno "Federalismo fiscale, principio di sussidiarietà e neutralità dei servizi sociali erogati. Esperienze a confronto", Ravenna 4-6 maggio 2006, di prossima pubblicazione; J. AUTENNE, *Aspetti del federalismo fiscale in Belgio: le competenze delle Communautés, i diritti personalizzabili, il ruolo dei privati*, presentata al Convegno "Federalismo fiscale, principio di sussidiarietà", cit.; R. SENELLE, *La réforme dell'Etat Belge*, V, Ministère des Affaires Étrangères du Commerce Extérieur et de la Coopération au Développement, Bruxelles, 1990, 65-94.

stato possibile per i raggruppamenti linguistici, si può ipotizzare che, adottando soluzioni analoghe, possano convivere gruppi differenziati su base etnica, magari provenienti da luoghi di immigrazione differenti⁴². Un'identica soluzione potrà essere valida quando la differenziazione avviene su basi religiose⁴³ oppure culturali⁴⁴ e, perché no, su basi etiche.

La scomparsa dell'omogeneità territoriale obbliga dunque alla ricerca di ipotesi di coesistenza sullo stesso territorio e alimenta il fenomeno del pluralismo normativo⁴⁵. Ciò non significa che sia facile individuare le fonti di questi diritti e gli ambiti di produzione di essi perché, mentre in una società caratterizzata da più fonti normative

⁴² Di particolare significato l'integrazione di appartenenti alla religione Sikh in Inghilterra, dove questa comunità è riuscita ad ottenere la garanzia di poter portare il turbante sull'elmo del "bobby" o di poter esercitare l'attività di giudice nel costume tradizionale, a garanzia della propria immagine identitaria. Si veda W.H. Mc LEOD, *Sikhs and Sikhism. Guru Nanak and the Sikh religion. Early Sikh tradition. The evolution of the Sikh community. Who is a Sikh?*, Oxford University, Oxford, 1999; D. DENTI, M. FERRARI, F. PEROCCHI (a cura di), *I Sikh: storia e immigrazione*, Franco Angeli, Milano, 2005.

⁴³ Se vi possono essere dubbi sulla capacità delle aggregazioni a carattere culturale, linguistico o etnico di produrre diritto, certo non ve ne sono per quanto riguarda le Confessioni religiose. Basti pensare al diritto canonico, ai vari *Kerkorde* delle chiese protestanti, al diritto ebraico, al diritto islamico. Per un approfondimento di queste tematiche e la capacità di questo tipo di diritti di normare nelle società odierne, cfr. S. FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e Islam a confronto*, Il Mulino, Bologna, 2002; S. FERRARI, I.C. IBÂN, *Diritto e religione in Europa occidentale*, Il Mulino, Bologna, 1997; C. CARDIA, *Ordinamenti religiosi e ordinamenti dello Stato*, Il Mulino, Bologna, 2003; F. MARGIOTTA BROGLIO, C. MIRABELLI, F. ONIDA, *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al Diritto Ecclesiastico comparato*, Il Mulino, Bologna, 2000.

⁴⁴ Particolarmente significative si fanno in Europa le attività di associazioni culturali a carattere laico che propugnano un atteggiamento militante nei confronti dei valori propri della cultura europea più profonda che si rifà all'esperienza illuminista. Si tratta di forme di ateismo organizzato del quale costituisce certo un esempio significativo l'attività in Belgio del *Centre de Action Laïque*. Si veda P. GROLLET, *Laïcité: utopie et nécessité*, Éditions Labor, Espace de Libertés, Bruxelles, 2005.

⁴⁵ Per un profilo giuridico-sociologico sul tema si veda: A. FACCHI, *Immigrati, diritti e conflitti: saggi sul pluralismo normativo*, CLUEB, Bologna, 1999; ID., *Multiculturalismo e pluralismo normativo: studio sulle società europee*, Il Mulino, Bologna, 2000; ID., *I diritti nell'Europa multiculturale: pluralismo normativo e immigrazione*, Laterza, Roma-Bari, 2001; W. TIE, *Legal pluralism: toward a multicultural conception of law*, Ashgate, Dartmouth, 1999; M. GUADAGNI, *Il modello pluralista*, Giappichelli, Torino, 1996.

forti, l'individuazione dei gruppi di appartenenza risulta essere relativamente possibile; in una società, quale quella "multietnica" attuale, caratterizzata da una frammentazione per gruppi, aggregati su valori di tipo diverso (religiosi, etnici, culturali, etici ecc.), avremo la presenza di fonti normative di produzione tra di loro concorrenti, incapaci di imporsi le une sulle altre, la cui efficacia nello spazio risulterà sempre difficile e contrastata e i cui ambiti di applicazione avverranno secondo una frontiera che passa a volte anche all'interno dei gruppi familiari⁴⁶ e dei rapporti interpersonali. L'arbitrato è lo strumento giuridico di "recupero" di queste norme, a condizione che esse siano compatibili con i principi generali dell'ordinamento⁴⁷.

3. Società plurali e pluralismo giuridico

La coesistenza di una pluralità di norme che incidono sullo stesso spazio e territorio, destinate ai medesimi soggetti, fa sì che in questi gruppi sorga la necessità di ordinarle e di organizzarle, dando vita ad un vero e proprio ordinamento⁴⁸. Il ricorso al pluralismo giuridico sembra quindi essere la soluzione alle esigenze di salvaguardia delle diversità e di aggregazione, poiché dà modo agli stessi gruppi di coesistere, esprimendosi in un contesto multiculturale, ma

⁴⁶ Del resto è quanto già avviene in Belgio dove, avendo fiamminghi e valloni un diverso sistema di assicurazioni sociali, in quanto materia di competenza delle *Communautés*, moglie e marito, se appartenenti a un gruppo linguistico diverso, godono di regimi di tutela differenti; i figli si vedranno applicato il regime del genitore che li ha a carico. Cfr.: M. DAERDEN, W. DUMAZY, *Les finances publiques*. De la nouvelle Belgique fédérale, Bruxelles, 2000.

⁴⁷ F. CARPI (a cura di), *Arbitrato: commento al titolo 8 del libro 4 del Codice di procedura civile*, articoli 806-840, con la coll. di P. Biavati e con appendice di C. Sacchetto, Zanichelli, Bologna, 2001; *L'arbitrato: profili sostanziali*, Rassegna coordinata da Guido Alpa, UTET, Torino, 1999; M. COSTA, *Arbitragem e redução da cláusula penal compulsória*, in «Revista de Arbitragem e Mediação», 1, 2004.

⁴⁸ Uno dei più antichi esempi di questa pratica riguarda le comunità zingare a proposito delle quali si veda: M. MAZZA, *I metodi di risoluzione delle controversie nel diritto degli zingari. Profili di antropologia della giustizia*, in «Sociologia del diritto», 1, 2000, pp. 115-147. Lo stesso dicasi per alcuni testi prodotti da Confessioni di recente formazione. Intendiamo qui riferirci al Libro di chiesa dei Mormoni e a quello dei Testimoni di Geova.

al contempo consente al gruppo di dare e ricevere autorità e riconoscimento, attraverso l'attribuzione, a queste norme autoprodotte di valenza giuridica⁴⁹. La norma che riconosce la sentenza del "tribunale particolare" e le dà efficacia, trasforma le consuetudini in diritto consuetudinario: l'ordinamento giuridico dello Stato diviene solo uno dei molteplici ordinamenti possibili nell'ambito del quale si producono norme⁵⁰.

⁴⁹ L'attribuzione a delle norme di un valore giuridico passa necessariamente attraverso la presenza di strumenti giurisdizionali capaci di far rispettare un determinato precetto. In effetti sono sempre più numerosi, anche se controversi, i casi in cui si assiste a una riedizione della politica degli statuti personali, attraverso il riconoscimento a tribunali privati, variamente costituiti, della competenza in alcune materie legate ai diritti personali, così che la loro tutela viene sottratta alla competenza dei tribunali statali. È quanto accadeva in Canada con l'*Ontario Arbitration Act* del 1991 con il quale si permetteva a due parti in conflitto di risolvere la loro disputa privatamente, volontariamente deferendola a un arbitro terzo: un amico, un prete, un rabbino. In tal modo veniva riconosciuta anche la giurisdizione di tribunali religiosi, per i Cattolici, per i Testimoni di Geova, per gli Islamici tanto che, questi ultimi, avevano potuto applicare "privatamente" i principi della *sharia*. Questo fatto ha sollevato numerose polemiche a causa della grande limitazione dei diritti delle donne che la legge islamica consente e, alla luce dei recenti episodi di terrorismo, da più parti si è chiesto che l'applicazione di un diritto privato e/o religioso sia consentita a condizione di non confliggere con i diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti, quando non di abrogare tale norma. Valutando nel merito il provvedimento rileviamo che questa scelta, per alcuni versi condivisibile, aveva l'effetto di secolarizzare il diritto religioso, rappresentando una grave menomazione dell'autonomia confessionale. Infatti, quando la norma religiosa utilizzata nel giudizio privato confliggeva con diritti giuridicamente tutelati, la sentenza – si tratta, in effetti, di un lodo – poteva essere comunque impugnata davanti ad un giudice statale. Da qui la necessità per il tribunale religioso di interpretare la norma religiosa nel modo più conforme al diritto statale. La profondità del processo di secolarizzazione che un tal modo di procedere genera ci spinge a sostenere che forse meglio sarebbe mantenere l'esclusiva competenza del diritto statale, garantito dalla protezione costituzionale e dalle norme del diritto internazionale, lasciando alla sfera della coscienza il compito di rapportarsi con i principi religiosi ed escludendo ogni ricorso ai tribunali confessionali. È quanto ha fatto oggi il legislatore canadese abrogando il *Canadian Ontario Arbitration Act*. NOHA OMARI, *Sharia in salsa occidentale*, in «Il manifesto», 29 febbraio 2004; A. e F. KUTTY, *Shariah courts in Canada: myth and reality*, in «The Law Times», 31 May 2004, 7; C. KRAUSS, *When the Koran speaks, will Canadian law bend?*, in «The New York Times», 4 August 2004; J. VAN RHIJN, *First steps taken for Islamic arbitration board*, in «The Law Times», 24 November 2003.

⁵⁰ Questa strategia istituzionale apparentemente permissiva nei confronti delle esigenze dei gruppi ha un effetto dirompente quando è la matrice religiosa ad ispirare questi tribunali, poiché costringe sia i fedeli sia le autorità religiose a

L'effetto è quello di consolidare un orientamento comportamentale che, di fatto, secolarizza antichi diritti: siamo di fronte a un passaggio obbligato che tuttavia conferisce valore alla norma. Certo è che, comunque, le interazioni tra le diverse "forme" di diritto, data la molteplicità e l'eterogeneità delle loro fonti, devono portare a compromessi e accomodamenti per consentirne la coesistenza⁵¹.

Dunque il diritto può nascere anche al di fuori dello Stato: qualunque gruppo sociale coeso e strutturato ha la possibilità di produrlo⁵². Ciò avviene non soltanto in riferimento a gruppi "nuovi", ma anche a quelle stesse formazioni sociali che prima erano attratte

trasformare, secolarizzandoli, i precetti morali e giuridici che ispirano l'attività di queste strutture confessionali. Tuttavia, di fronte al diffondersi dei timori per le azioni terroristiche dell'integralismo islamico, anche uno Stato come quello canadese, che ha da sempre perseguito una politica di accomodamento nei confronti delle esigenze di segmenti della popolazione caratterizzati da una comune cultura o religione, sembra avere scelto la strada del ritorno alla legge dello Stato uguale per tutti. T. RAMADAN, *I musulmani d'Europa tra due fuochi. Le comunità strette tra ingerenze degli stati d'origine e logiche di controllo europee*, in «Le Mond. Dip.», ed. it., giugno 2000, 4-5.

⁵¹ Se per alcuni versi, in linea teorica, questa strategia sembra difficilmente percorribile, troviamo invece esempi concreti molto significativi: le norme sulla laicità in Francia convivono all'interno dello stesso ordinamento con quelle vigenti nei dipartimenti dell'Alsazia e della Mosella, dove vige ancora il Concordato napoleonico del 1801, nonché con gli speciali diritti assicurati ai territori d'oltremare, tutto ciò a riprova della duttilità del legislatore. Sul punto si veda, per tutti: F. MESSNER, *Le droit des religion an Alsace-Moselle en 2000-2001*, in «Revue européenne des relations Eglises-Etats», 2001, vol. VIII, p. 151 e ss.; F. MESSNER, P.H. PRELOT e J.M. WOEHRLING, *Traité de droit français des religions*, Editions du Juris-Classeur, Paris, 2003; G. DESOS, *Le régime particulier des cultes dans les départements du Bas Rhin, du Haut Rhin et de la Moselle*, in «Administration», 1993, n. 161, pp. 55-59; G. BEDOUELLE, J.P. COSTA, *Les laïcités à la française*, Presses Universitaires de France, Paris, 1998; J. BOUSSINESQ, *La laïcité française. Mémento juridique*, Cahiers de la ligue, Paris, 1994; F. DOUAL, *L'organisation des communautés musulmanes en Alsace-Moselle*, in «Revue de droit canonique», t. 46, 1996, pp. 267-270; J. BAUBÉROT, *Histoire de la laïcité française*, Presses Universitaires de France, Paris, 2000, p. 120 e ss.

⁵² L'esempio dei tribunali religiosi in Canada, già richiamato, è di per sé significativo ma non isolato. L'esigenza di giuridicizzazione delle Confessioni religiose ha portato alla nascita di regolamenti interni che hanno acquistato nei secoli un indiscutibile valore giuridico sia pure limitato nella sua efficacia ai fedeli della Confessione. È il caso dell'Olanda dove convivono il *Kerkorde* della *Nederlandse Hervormde Kerk*, quello della *Christelijke Gereformeerde Kerken*, arricchiti da poderosi commenti come quello di H. BOUWMAN, *Gereformeerde kerkrecht*, Kampen, 1985, voll. I-III. Accanto al diritto canonico cattolico, al diritto ebraico e al diritto islamico si collocano quindi un numero notevole di diritti religiosi.

nell'orbita statale e ora vengono emancipandosi, rendendosi soggetti indipendenti e autocefali, costituendo ciascuna un ordinamento giuridico⁵³. L'individuo, quindi, si trova ad appartenere contemporaneamente a più realtà ed è sottoposto alle regole di diversi sistemi giuridici⁵⁴, all'imperio di norme a volte confliggenti tra le quali deve scegliere. Anche se apparentemente può sembrare che gli venga richiesta una scelta esclusiva che privilegi un sistema giuridico rispetto ad un altro, ciò non è del tutto vero se consideriamo che nella realtà questi ordinamenti spesso sono tra loro correlati⁵⁵. Il problema si pone quando "manca il dialogo" tra di essi e quando l'autoisolamento e l'emarginazione prevalgono sul confronto: succede così che "l'integralismo la fa da padrone"⁵⁶.

⁵³ E. GENRE, S. ROSTAGNO, G. TOURN (a cura di), *Le chiese della Riforma: storia, teologia, prassi*, Silvana Editoriale, Cinisello Balsamo, 2001. All'interno della galassia dei diritti religiosi le Chiese nazionali protestanti e quelle ortodosse costituiscono, in alcuni casi, una significativa anomalia laddove scelgono di fare riferimento al diritto statale, rinunciando a costruire un loro ordinamento. Indicativo al riguardo in Italia il caso della Chiesa valdese.

⁵⁴ Cfr. S. FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi*, cit., *passim*, e la ricca bibliografia ivi citata. I diritti religiosi sono collocati, di norma, insieme agli altri diritti particolari a carattere non religioso, in una categoria definita "altre concezioni dell'ordine sociale e del diritto", si veda R. DAVID, C. JAUFFRET SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Cedam, Padova, 1994. Tuttavia, gli studiosi del diritto comparato sembrano non riuscire a cogliere la complessità del fenomeno allorché si confrontano col diritto canonico, il diritto ebraico e a volte col diritto musulmano. Queste contraddizioni della scienza comparatistica sono ben individuate, ancora, da S. FERRARI, *Lo spirito*, cit., pp. 22-31. Al di là dai problemi classificatori dei sistemi giuridici è incontrovertibile il fatto che il cittadino-fedele si trova spesso diviso di fronte al problema di rispettare il diritto dello Stato piuttosto che quello religioso, che spesso si trovano in contraddizione.

⁵⁵ Concordati, Intese, Accordi ecclesiastici sono le diverse tipologie che possono essere utilizzate per stabilire rapporti tra il diritto dello Stato e il diritto confessionale. Sull'argomento, vastissimo, esiste un'ampia letteratura in relazione alla quale ci limitiamo a segnalare per tutti in questa sede: N. COLAIANNI, *Confessioni religiose e Intese*, Cacucci, Bari, 1990, mentre per gli aspetti internazionali rinviamo a D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad de conciencia*, cit., *passim*; F. MARGIOTTA BROGLIO, C. MIRABELLI, F. ONIDA, *Religioni*, cit., pp. 87-349.

⁵⁶ La legge religiosa possiede, rispetto a quella statale, una forza che si può definire certamente maggiore. La disobbedienza alla legge è sanzionata nel diritto statale attraverso la privazione della libertà e in casi estremi con la privazione della vita. Il diritto religioso possiede la capacità di condannare alla dannazione eterna, a una pena infinita alla quale è impossibile sottrarsi e al fedele promette la beatitudine eterna, tanto che il sacrificio della vita appare ad alcuni ben misero di fronte

Le esperienze di comunicazione e collaborazione tra sistemi giuridici diversi che insistono sullo stesso territorio e sulle medesime popolazioni non sono nuove in Europa e hanno dato luogo in passato ai sistemi consociativi, il più compiuto dei quali è certamente quello olandese⁵⁷. Esso era costruito sugli apporti dati dalle diverse confessioni religiose, ponderati rispetto al loro peso sociale e numerico nella società. In tal modo le confessioni concorrevano alla gestione dello Stato, cristallizzando un rapporto di forze scandito dal variare molto lento del loro peso sociale e numerico nella società. Nacque così una organizzazione sociale strutturata per *zuil* e *stroming*⁵⁸, ovvero per colonne, delle quali l'ordinamento giuridico costituiva l'architave, ma questa costruzione era possibile poiché le differenti componenti religiose e culturali appartenevano a un unico ceppo, quello giudaico-cristiano (comprendendo all'interno del cristianesimo sia la confessione cattolica che quelle protestanti), nonché grazie all'apporto delle filosofie sociali dell'Ottocento e del Novecento⁵⁹ che accettarono questo patto sociale. Se questa ricostruzione risponde al vero, non stupisce l'odierna crisi del modello, costretto a confrontarsi con un islamismo non secolarizzato proprio dei gruppi immigrati e con un "ascetismo orientaleggiante", che predica l'estraneità dal sociale, molto diffusi entrambi nella società olandese⁶⁰.

alla prospettiva della beatitudine. In questo confronto impari lo Stato combatte una difficile battaglia nella quale rischia di essere sconfitto. È questa la forza che muove oggi l'integralismo islamico e muoveva ieri l'estremismo irlandese e protestante a combattere una guerra senza esclusione di colpi. J. KEPEL, *Jihad, ascesa e declino. Storia del fondamentalismo islamico*, Carocci, Roma, 2004; R. ENGLISH, *La vera storia dell'Ira: il nazionalismo, la violenza, il socialismo, la religione e i segreti nella storia della lotta tra Irlanda e Gran Bretagna*, Newton & Compton, Roma, 2004, *passim*; P. NASO, *Il verde e l'arancio: storia, politica e religione nel conflitto dell'Irlanda del Nord*, pref. di F. Gentiloni, Claudiana, Torino, 1996.

⁵⁷ A. LIJPHART, *The Politics of Accommodation*, cit.; ID., *Democracy in Plural Societies. A comparative exploration*, cit.; ID., *Thopologies of Democratic Systems*, cit.; A. PAPPALARDO, *Il tramonto della democrazia*, cit.; ID., *Le condizioni della democrazia*, cit.; N. GRECO, *Costituzione e strutture di governo dei Paesi Bassi*, cit.; H. DAALDER, *The Netherlands: Opposition in a Segmented Society*, cit.; G. CIMBALO, *I rapporti finanziari*, cit., *passim*.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ S. RUTTEN, *Moslims in de Nederlandse rechtspraak*, Kok, Kampen, 1988; R. LEVEAU, *Être musulman en Europe*, in «Pouvoirs», 104, 2003, numero monografico: *Islam et démocratie*, pp. 111-120.

Di fronte a queste nuove sensibilità c'è bisogno, probabilmente, di una lunga politica di assimilazione che utilizzi le forme istituzionali e i rapporti economici come chiave di trasformazione delle "componenti atipiche" della società, in modo da renderle omogenee, sia pure gradualmente, al tessuto sociale preesistente⁶¹.

Strumento efficace di questa politica è inoltre una forte impronta ideologica impressa alle scelte istituzionali che si caratterizzano per l'introduzione di elementi di sussidiarietà, sia orizzontale che verticale, nella convinzione che solamente uno Stato flessibile che si limita a dettare le regole generali di convivenza può governare questo tipo di società⁶². Largo spazio, dunque, alla proliferazione delle fonti normative

⁶¹ Non si tratta di ricorrere necessariamente a politiche di assimilazione ma, soprattutto per quanto concerne l'Islam, alcuni Stati stanno lavorando alla nascita di un Islam compatibile. È il caso del Belgio che è riuscito a costruire una rappresentanza democraticamente eletta del culto islamico. I rappresentanti del culto islamico, sulla base della Legge n. 49/1999, che ha apportato la modifica della Legge del 1974 relativa al riconoscimento del culto islamico, ha reso possibile l'elezione e quindi l'individuazione dei rappresentanti del culto islamico in Belgio, nel rispetto delle norme generali dell'ordinamento belga che prevedono quote riservate di elezione per le donne! Cfr. G. CIMBALO, *Appartenenza religiosa e credenze "filosofiche" nella revisione costituzionale del sistema di finanziamento dei culti in Belgio*, in «Q.D.P.E.», 1, 1995, pp. 141-142; R. TORFS, *Lo stato giuridico dell'Islam in Belgio*, in «Q.D.P.E.», 1, 1996, pp. 214-240; Id., *La position juridique des minorités religieuses en Belgique. Le statut legal des minorités religieuses dans le pays de l'Union Européenne*, Milano-Tassaloniki, 1994, pp. 59-65; L. PANAFIT, *In Belgio, le ambiguità di una rappresentanza etnica*, in «Le Monde Diplomatique», ed. it., giugno 2000, pp. 4-5; T. RAMADAN, *I Mussulmani d'Europa tra due fuochi. Le comunità strette tra ingerenze degli stati di origine e logiche di controllo europee*, in «Le Monde Diplomatique», ed. it., giugno 2000. Potrebbe sembrare che siamo di fronte ad un fatto del tutto nuovo, ma il territorio europeo ha già registrato la presenza di un Islam dotato di una rappresentanza elettiva in Albania. L'8 agosto del 1929 il re Zog I d'Albania approvò lo Statuto della comunità musulmana su proposta del Consiglio dei Ministri. Cfr. «Gazeta Zyrtare», 53, 24 agosto, 1929, p. 6 e ss. Successivamente questo statuto è stato approvato dal terzo Congresso musulmano e sottoscritto da Dibra Vehbi, all'epoca capo della Comunità islamica.

⁶² La costruzione dello spazio giuridico europeo è avvenuta gradualmente attraverso trattati molto flessibili che hanno eroso progressivamente la competenza dello Stato, tanto che l'estensione dell'intervento comunitario si è fatta strada nascondendosi dietro il bisogno di tutela del mercato e della libera concorrenza. Ad esempio, per quanto riguarda le Confessioni religiose, gli interventi sono stati motivati con un'esigenza di garantire la concorrenza tra le diverse "agenzie del sacro". F. MARGIOTTA BROGLIO, *Il fenomeno religioso nel sistema giuridico dell'Unione Europea*, in F. MARGIOTTA BROGLIO, C. MIRABELLI, F. ONIDA, *Religioni e sistemi giuridici*, cit., pp. 87-246, e bibliografia ivi inclusa, pp. 246-251.

istituzionali che recepiscono il diritto elaborato dai gruppi e lo trasformano, alla ricerca di un comune denominatore accettabile per tutti⁶³.

Ritornano così di estrema centralità e importanza i valori elaborati dalle aggregazioni culturali, religiose, linguistiche, etniche che ricorrono ai meccanismi della *lex mercatoria* per produrre diritto.

4. Regole sociali, diritto non scritto, diritto penale

La società si ritrova ad essere così regolata da un diritto autoprodotta dai privati sempre più invasivo che finisce per regolare anche rapporti tradizionalmente affidati alla sfera pubblica⁶⁴. Il mercato è produttore di norme e l'autodisciplina è lo strumento grazie al quale tali norme acquistano vincolatività, efficacia e struttura⁶⁵. La cer-

⁶³ Il processo di formazione dei provvedimenti che caratterizzano l'attività normativa del Parlamento europeo è complesso e articolato e tiene conto, attraverso dettagliati studi e ricerche, delle preesistenti norme nazionali in modo da rendere possibile una armonizzazione del quadro giuridico dell'Unione. Resta da indagare l'apporto che i diritti non statali hanno dato e danno allo sviluppo del processo di formazione dei provvedimenti e, tuttavia, un dato è motivo di riflessione: presso la Comunità Europea operano uffici di rappresentanze di Confessioni religiose, Regioni, associazioni di Comuni che, in modo sia pure informale, concorrono, a vario titolo e in vario modo, allo sviluppo del processo decisionale. M. VENTURA, *La laicità dell'Unione Europea. Diritti, mercato, religione*, Giappichelli, Torino, 2001, *passim*.

⁶⁴ La Comunità Europea porta intera la responsabilità di avere assunto il principio di sussidiarietà ad elemento di disarticolazione dei sistemi giuridici degli Stati membri. Attraverso il principio della sussidiarietà verticale viene attuata la distribuzione delle competenze, mentre la sussidiarietà orizzontale riporta numerose attività nell'ambito delle regole di mercato, col doppio effetto di aumentare le possibilità di impresa dei privati e di fare ricadere queste attività nell'ambito della sicura competenza della Comunità. G. D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 1998. Le vicende del passaggio dal concetto di servizio pubblico a quello di servizio universale sono emblematiche. S. CASSESE, *Le trasformazioni dei servizi pubblici*, in «Economia Pubblica», 5, 1995, p. 14 e ss.; M. CLARCH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in «Dir. Pubbl.», 1, 1998, p. 187 e ss.

⁶⁵ La scelta della Comunità Europea di adottare, come uno dei principi cardine del suo *modus operandi*, il principio di sussidiarietà e, al tempo stesso di ridimensionare il ruolo e le funzioni dei servizi pubblici, ha avuto come uno degli effetti il passaggio dall'utilizzo di strumenti propri del diritto pubblico ad istituti tipici del diritto privato. G. NAPOLITANO, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in «Mercato Concorrenza Regole», II, 2 agosto 2000, pp. 423-449.

tezza del diritto, che l'ambito di operatività del diritto prodotto dalle istituzioni pubbliche era in qualche modo in grado di assicurare, è oggi resa incerta dall'uso "eversivo" della categoria dei diritti umani che legittimerebbero ogni intervento esterno finalizzato a ripristinarne il rispetto, secondo modelli di volta in volta considerati validi dalla comunità internazionale⁶⁶. Questa espansione e potenziamento del diritto dei privati sono direttamente proporzionali alla crisi del diritto dello Stato e dei suoi organi decentrati⁶⁷. Lo Stato, sempre più debole e schiacciato dalle leggi di mercato – che perseguono il massimo profitto e assicurano la massima autonomia all'imprenditore – si ritrova a divenire, da erogatore unico di un servizio in regime di monopolio amministrativo, socio di minoranza di un ente che opera con le procedure dell'operatore privato⁶⁸. In questa nuova situazione il ruolo dello Stato si riduce, fino a scomparire quasi del tutto: rimane in funzione di drenare risorse mediante la fiscalità generale da mettere a disposizione del privato, sia imprenditore che gestore di servizi. Il servizio pubblico, che già era stato messo a dura prova nella sua accezione oggettiva⁶⁹, perde così ogni valenza di generalità e imparzialità, trasformandosi in servizio universale e assumendo il nome di "servizio inte-

⁶⁶ P. BARCELLONA, *Le passioni negate. Globalismo e diritti umani*, Bollati Boringhieri, Torino, 2001, p. 117 e ss., ma anche D. ZOLO, *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, Einaudi, Torino, 2001. Ad essere in discussione è la stessa sovranità dello Stato, un tempo considerata strumento essenziale della tenuta del sistema di garanzie.

⁶⁷ M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit.; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit.; ID., *Lex mercatoria*, cit.; P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., *passim*.

⁶⁸ G. AMATO, *Citizenship and Public Services. Some General Reflections*, in *Public Services and Citizenship in European Law*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 145 e ss., in part. p. 155; M. DERBENE, O. RAYMUNDIE, *Sur le service universel: renouveau du service public ou nouvelle mystification?*, in «AJDA», 3, 1996, p. 186 e ss. D. ORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 2002, pp. 23-24; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di Diritto privato della Pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 137 e ss.

⁶⁹ Si veda S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in «Riv. it. dir. pubbl. com.», 1996, *passim*; ID., *La retorica del servizio universale*, in S. FROVA (a cura di), *Telecomunicazioni e servizio universale*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 92 e ss.; F. BOTTI, *Sulla natura giuridica dei protocolli di intesa*, cit., pp. 66-73 e bibliografia ivi citata.

grato pubblico-privato”⁷⁰, strumento duttile creato su misura dalle regole dell’economia, dal diritto privato, dalla *lex mercatoria*.

Il forte ridimensionamento del ruolo dello Stato nel settore dei servizi alla persona fa sì che prendano vita e acquisiscano sempre più importanza norme autoprodotte che strategicamente occupano numerosi settori della vita dell’uomo e dei suoi rapporti sociali⁷¹, normando in relazione a problemi etici che erano rimasti estranei all’attività legislativa dello Stato⁷².

⁷⁰ Si veda E. BALDONI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali: commento alla Legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2003; nonché G.F. SCARSELLI, *Una lettura critica della legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*, in «Sanità pubblica», 2000, p. 1405 e ss.; R. SCORTEGAGNA, A. FLOREA, *Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali n. 328 dell’8 novembre 2000*, in «Riv. serv. sociale», 2002, p. 3 e ss.; FINOCCHI R. *L’istituzione del sistema integrato dei servizi sociali* (Commento a Legge 8 novembre 2000, n. 328), in «Giornale dir. amm.», 2001, p. 113 e ss.; A. ROSSI, *Un primo commento alla legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*, in «Informazione previdenziale», 2001, p. 475 e ss. Da ultimo G. CIMBALO, *Leggi e provvedimenti regionali in materia ecclesiastica. La costruzione di sistemi integrati pubblico-privato*, in G. CIMBALO, J.I. ALONSO PÉREZ (a cura di), *Federalismo regionalismo e principio di sussidiarietà orizzontale. Le azioni, le strutture, le regole della collaborazione con enti confessionali*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 247 e ss.

⁷¹ In assenza di una norma statale o di norme emanate dagli Enti territoriali, una funzione di supplenza è svolta da “norme” emanate da soggetti privati che, tuttavia, assumono importanza e valenza pubblica fino alla vincolatività. La più volte citata *lex mercatoria* si caratterizza, tra l’altro, per la grande importanza che assumono le organizzazioni professionali o corporazioni che, in quanto titolari di funzioni o erogatori di servizi, normano con proprie regole delicati settori della vita sociale. È questo, come vedremo, il caso dell’Accademia Svizzera delle Scienze Mediche, che costituisce un esempio unico di intervento suppletivo così marcato. L’unico esempio che in qualche modo si avvicina al ruolo svolto dall’Accademia è quello della omologa istituzione olandese che, negli anni Ottanta, contribuì ad elaborare una regolamentazione, i cui principi furono tuttavia modellati tenendo conto dell’operato della giurisprudenza attraverso un complesso procedimento tipico di sistemi consociativi come quello olandese. Sul punto si veda: G. CIMBALO, *La società olandese tra tutela dei diritti del malato, diritto all’eutanasia e crisi della solidarietà*, in «QDPE», 1, aprile 1994, pp. 35-52; A. RICCI ASCOLI, *L’opera creativa della giurisprudenza olandese, in tema di eutanasia attiva e suicidio assistito*, in «Dir. Pen. XXI sec.», I, 1, 2002, pp. 119-129; J. GRIFFITHS, A. BOOD e H. WEYERS, *Eutanasia and Law in the Netherlands*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 1998, *passim*.

⁷² La società nella quale viviamo è satura di diritto, di regole giuridiche dalle provenienze più diverse, imposte da poteri pubblici o da potenze private. Negli ultimi secoli questioni affidate un tempo al governo della religione, dell’etica, del

Al crescere della diversificazione delle opzioni, soprattutto in materia etica, reagiscono gruppi come quelli religiosi che, portatori di un messaggio univoco sulle questioni etiche, tendono ad imporlo, utilizzando lo Stato il quale, da parte sua, è interessato a collaborare per trovare nuovi terreni di legittimazione in una fase di sviluppo del potere finanziario che lo vede sempre più deprivato di poteri e funzioni. Così lo Stato prova a imporre scelte etiche, ma dimentica che nella complessa fase di trasformazione che ha attraversato esso è cambiato e ha adottato processi di delegificazione e degiuridicizzazione⁷³ rispetto a molte materie che prima costituivano terreno di affermazione del potere statale⁷⁴.

La nuova situazione di “relativa impotenza” dello Stato causa non pochi problemi e porta a domandarsi come regole che obbediscono a leggi di mercato, a consuetudini, regolamenti possano nor-

costume, della natura, sono state inglobate nell'ambito di esercizio del diritto, che risulta perciò condizionato da scelte etiche, sociali e politiche della società contemporanea, come non mai, al punto da dettare le regole e i limiti da imporre all'esercizio dei diritti. Queste problematiche sono state mirabilmente sviluppate dalla riflessione di S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, *passim*.

⁷³ Basti pensare che la disapplicazione delle leggi a seguito di accordi, prevista ad esempio dal D.Lgs. 29/93 – il cosiddetto processo di delegificazione – utilizza le stesse procedure previste per la stipula di Intese con le Confessioni religiose diverse dalla cattolica. Si veda A. ORSI BATTAGLINI, *Accordi sindacali e legge quadro sul pubblico impiego: dalle esperienze di settore alla riforma*, Giuffrè, Milano, 1984; A. PIZZORUSSO, *Delegificazione e sistema delle fonti. La tecnica legislativa: un artigiano da valorizzare*, in «Foro it.», V, 1985, p. 233 e ss.; G. MANFREDI, *Commento all'art. 11. Commento alla L. 7 agosto 1990, n. 241/90*, in «NLCC», 1, 1995, pp. 60-66. La norma legislativa, sostituita dall'accordo sindacale, viene disapplicata limitatamente agli ambiti di efficacia dell'accordo e sostituita da questi, similmente a quanto avviene con la Legge sui culti ammessi, disapplicata limitatamente ai componenti della Confessione nel momento in cui l'Intesa che la riguarda assume efficacia con l'approvazione della legge. Cfr. E. DE MARCO, *La negoziazione legislativa*, Cedam, Padova, 1984, pp. 269-274; ; N. COLAIANNI, *Confessioni religiose e Intese*, cit., pp. 149-193. Da ultimi, sui problemi della delegificazione, si veda V. COCOZZA, *La delegificazione: modello legislativo, attuazione*, Napoli, 2003³; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto: per una giustizia “non amministrativa” (Sonntagsgedanken)*, Giuffrè, Milano, 2005.

⁷⁴ Richiamano invece l'attenzione sulla giuridicizzazione dell'intera esistenza P. BARCELLONA, *Istituzionalizzazione della vita e alienazione del desiderio*, in «Democrazia e diritto», nn. 4-5, 1998, p. 10 e ss.; F. ONGARO BASAGLIA, *Eutanasia. Libertà di scelta e limiti del consenso*, in «Democrazia e diritto», 4-5, 1988, p. 156 e ss.

mare anche in materie delicate come quelle penalistiche⁷⁵. In effetti, se si può ammettere che norme diverse regolino, in ragione delle differenti appartenenze etniche, culturali, religiose, rapporti di filiazione, successori e gli stessi diritti di libertà⁷⁶, non si comprende come sia possibile ritenere costituzionalmente legittime norme che sanzionano penalmente in modo differente un identico atto commesso nelle medesime condizioni, ma con diverse modalità⁷⁷. La sfida lanciata al diritto penale è grande e la soluzione del problema mette in discussione la credibilità del modello di relazioni appena disegnato⁷⁸. La teoria istituzionalista sembra in questi casi tornare alla ribalta,

⁷⁵ F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in «Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale», n.s., XLIV, II, 2001, pp. 1193-1200; G. FIANDACA (a cura di), *Nuovi orizzonti della tutela penale della persona*, in *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?*, Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), a cura di S. Canestrari e L. Foffani, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 175-194. F. BRICOLA, *Dispensa per il corso di istituzioni di diritto penale*, tratta dalle lezioni di Franco Bricola, Filippo Sgubbi, Nicola Mazzacuva, a cura di F. Sgubbi, N. Mazzacuva, Bologna, 1994; ID., *Opere monografiche. Scritti di diritto penale*, pres. di G. Ghezzi, intr. di C. Pedrazzi, a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, Giuffrè, Milano, 2000, vol. III.

⁷⁶ I diversi ordinamenti hanno riconosciuto una specificità delle diverse comunità culturali, etniche, religiose, normando identiche fattispecie in modo diverso a seconda delle caratteristiche del destinatario della norma: è quanto avviene per la legislazione in materia di sepoltura, macellazione, uso della lingua, tutela di costumi e abitudini culturali. Cfr. L. JÖRG, *Le frontiere dei diritti culturali in Europa*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Laterza, Roma-Bari, 2003, pp. 221-243. Naturalmente il legislatore è molto attento nel creare differenza sul piano dei diritti della persona, anche se vi è la propensione ad accettare come leciti particolari comportamenti, purché compatibili con l'ordinamento giuridico nel suo complesso.

⁷⁷ È il caso della legge belga e di quella olandese sull'eutanasia, le quali proceduralizzano l'accesso alle pratiche eutanasiche, rendendole non sanzionabili penalmente, purché l'intervento sul malato avvenga a determinate condizioni e nel rispetto di una procedura estremamente dettagliata e definita. G. CIMBALO, *Eutanasia, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione di Danimarca, Olanda e Belgio*, S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO (a cura di), *Eutanasia e Diritto. Confronto tra discipline*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 133-172.

⁷⁸ K. TIEDEMANN, *Diritto penale comune europeo tra realtà e utopia*, in *Il diritto penale nella prospettiva europea*, cit., pp. 479-485; K. LÜDERSEN, *Europeizzazione del diritto penale e legislazione governativa*, in *Il diritto penale nella prospettiva europea*, cit., pp. 487-519. F. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Giappichelli, Torino, 2005².

malgrado ogni critica. L'istituzione, quale corpo sociale permanente e per sé stante, giuridicamente organizzato, crea diritto⁷⁹. Ma, accanto alle istituzioni, i soggetti pongono le norme per disciplinare i loro reciproci rapporti: queste divengono consuetudini per farsi poi ordinamento. La nostra società è segnata dalla presenza di una varietà di gruppi sociali portatori di interessi, ideologie e progetti di vita differenziati, ma in nessun caso così forti da porsi come esclusivi o dominanti e quindi in grado di fornire la base materiale a una ritrovata sovranità statale che si impone egemone sui diritti particolari⁸⁰. Sembra quindi prevalere un pluralismo giuridico e normativo che deve fare i conti, tuttavia, con una forte caratterizzazione etica e esperienziale degli individui e quindi con la capacità che le relazioni interpersonali hanno di produrre anch'esse delle norme⁸¹.

A bilanciare questi rapporti ha provveduto la progressiva affermazione dei diritti costituzionali e dei diritti fondamentali nel diritto internazionale⁸². La Costituzione si è assunta il compito di realizzare la condizione di possibilità della vita comune e non quello di realizzare direttamente un progetto predeterminato di vita comune (compromesso costituzionale)⁸³. Con essa si dettano principi al di sopra

⁷⁹ Per una riflessione su queste tematiche e sulla pluralità degli ordinamenti, sempre utile e stimolante una rilettura dei saggi di Santi Romano, oggi raccolti in S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Giuffrè, Milano, 1969, *passim*.

⁸⁰ J. HABERMAS, R. TAYLOR, *Multiculturalismo*, cit., *passim*.

⁸¹ G. TEUBNER, "La Bukowina globale": il pluralismo giuridico, cit., *passim*; A. MELUCCI, M. DIANI, *Nazioni senza Stato. I movimenti etnico-nazionali in Occidente*, Feltrinelli, Milano, 1992; S. MEZZADRA, A. PETRILLO (a cura di), *I confini della globalizzazione, lavoro, culture, cittadinanza*, Manifestolibri, Roma, 2000, *passim*; A. VIGNUDELLI, *Istituzioni e dinamiche del diritto: multiculturalismo comunicazione federalismo*, Giappichelli, Torino, 2005; D. ZOLO, *Globalizzazione: una mappa dei problemi*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

⁸² J. LUTHER, *Le frontiere dei diritti culturali in Europa*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Laterza, Roma-Bari, pp. 221-243; A. SPADARO, *La Carta europea dei diritti fra identità e diversità e fra tradizione e secolarizzazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, vol. II. Per un quadro completo ed esaustivo della legislazione europea in materia di bioetica cfr. M. Casado, *Las leyes de la Bioética*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2004, ID., *Estudios de Bioética y Derecho*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

⁸³ E. VITALE, *Liberalismo e multiculturalismo*, Laterza, Roma-Bari, 2000, p. 131 e ss.; L. BACCELLI, *Il particolarismo dei diritti*, Carocci, Roma, 1999, p. 80 e ss.

degli interessi particolari di ognuno per consentire la convivenza di tutti⁸⁴. Il Diritto internazionale individua quel nucleo di principi inalienabili e irrinunciabili, quasi a voler costruire il nocciolo duro di un nuovo diritto naturale, e pone le basi per il pluralismo ideologico, inteso come nucleo di principi comuni e condivisi, minimo comune denominatore, limite e garanzia dei diritti di ognuno⁸⁵. Si fa ricorso al pluralismo etico o dei valori⁸⁶, consistente in un atteggiamento laico che consente di scegliere tra diverse etiche i principi fondanti di esse, senza prendere posizioni assolute e intransigenti⁸⁷. Esso è conciliabile con il ruolo dell'identità personale nell'etica, intesa come successione di io. Con queste basi si costruisce un minimo comun denominatore sul quale operare.

⁸⁴ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 8 e ss.

⁸⁵ A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, Laterza, 1999⁴; A. CASSESE, A. CLAPHAM, J.H.H. WEILER (a cura di), *European Union: the human rights challenge*, Nomos, Baden Baden, 1991; M. VENTURA, *La laicità dell'Unione Europea*, cit.; L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 338 e ss.; G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei. Saggio sulla società multietnica*, Rizzoli, Milano, 2000.

⁸⁶ Particolarmente significativo il caso dell'ordinamento belga, dove si assiste ad un ricorso sistematico al principio del pluralismo etico che, in campo giuridico, consiste nella ricerca di un minimo comune denominatore che consenta di emanare una norma con contenuti tali da mantenere la coesione sociale tracciando le linee generali del comportamento dei consociati. W.A. GALSTON, *Liberal Pluralism. The Implications of Value Pluralism for Political Theory and Practice*, Cambridge U.P., Cambridge, 2002.

⁸⁷ A proposito dei fattori che determinano l'insorgenza della multieticità delle società contemporanee, vi è chi rileva che "in primo luogo, il fatto che la società sta smarrendo i vecchi valori senza sostituirli con nuovi (il c.d. "deserto che cresce") crea un particolarismo assiologico, per cui i soggetti si sentono uniti solo dai propri nuclei di aggregazione etico – sociale [...]. Un altro motivo che priva quest'ultima della caratteristica di essere patria etica per tutti i suoi consociati è l'incremento dell'immigrazione [...]. Come terza e ultima causa della disgregazione etica degli Stati più evoluti occorre segnalare, per converso, il rifiorire di vari particolarismi e nazionalismi etici [...]. In conseguenza di questi tre fattori (proliferazione di gruppi con propria identità assiologica, incremento dell'immigrazione, disgregazione subnazionale) [...], si è sviluppato un tipo di società multiethnica, e nello stesso tempo "multiethica". In altri termini essendosi ormai creata una coabitazione forzata sullo stesso territorio di più famiglie culturali, si è instaurata di fatto la vigenza di più statuti o codici etici, spesso reciprocamente incompatibili e confliggenti". F. FRENI, *Biogiuridica e pluralismo etico-religioso. Questioni di bioetica, codici di comportamento e comitati etici*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 22.

I successivi percorsi, i comportamenti individuali saranno valutati in relazione a un tracciato di azioni e atti predeterminato dalle norme. Siamo di fronte al fenomeno della procedimentalizzazione.

5. *Diritti particolari e procedimentalizzazione*

Il bisogno di unità e di razionalità dei comportamenti da seguire apre la porta alla c.d. procedimentalizzazione⁸⁸ perché non solo dia ordine alle numerose questioni controverse, ma le legittimi, dando loro soluzione. Il problema è come far sì che, malgrado ogni gruppo abbia il suo diritto, si possa ricomporre l'unità e la razionalità del sistema.

La procedimentalizzazione è un insieme di atti di differente natura giuridica consistenti in manifestazioni di volontà, di scienza e conoscenza, di valutazioni e d'individuazione di effetti, posti in essere al dichiarato scopo di ricondurre comportamenti ed eventi all'interno di una tipologia di atti, ovvero ad una tipizzazione di essi, in modo che siano rigidamente valutati gli effetti dell'azione posti in relazione alle cause che l'hanno determinata. L'osservanza di essa porta con sé la non punibilità di atti che, presi singolarmente o collocati al di fuori del procedimento, sarebbero penalmente sanzionabili⁸⁹. In questo senso la procedimentalizzazione è frutto del pluralismo ideologico, in quanto ne rappresenta il modo di dispiegarsi e di

⁸⁸ L'incapacità dell'ordinamento di risolvere, attraverso scelte drastiche, problemi di carattere etico sui quali si verificano profonde spaccature a livello sociale, ha spinto il legislatore ad imboccare anche in Italia la strada della procedimentalizzazione per rendere leciti comportamenti che altrimenti non lo sarebbero. È il caso della legge sull'aborto, che consente il ricorso all'interruzione della gravidanza a determinate condizioni e mediante l'assunzione di opportuni comportamenti. Lo stesso si può dire della legislazione in materia di obiezione di coscienza e in materia di procreazione assistita. Alla procedimentalizzazione hanno fatto ricorso più consapevolmente sia l'ordinamento belga che quello olandese e australiano dettando le norme in materia di eutanasia. Cfr.: G. CIMBALO, *Eutanasia, cure palliative e diritto*, cit., pp. 133-172; F. BOTTI, *Una legge contestata: l'eutanasia in Australia*, in *Eutanasia e diritto*, cit., pp. 183-212.

⁸⁹ "Il diritto penale rappresenta un elemento irrinunciabile dell'organizzazione di una società che intenda se stessa come vincolata all'ideale dei diritti umani [...] nella funzione concreta di scudo protettivo dei diritti umani ed espressione del

rappresentarsi. Le singole azioni, separatamente valutate, mantengono la loro capacità di produrre fattispecie di reato, ma costituiscono, al tempo stesso, assicurazioni e garanzie fornite a diverse sensibilità ideologiche, le quali tenderebbero a valutare come reato sanzionabile dall'ordinamento i comportamenti connessi all'esplicarsi delle diverse fasi del procedimento. Più esplicitamente una fattispecie che configura un reato viene scomposta in singoli comportamenti, anche essi sanzionati penalmente, a meno che non siano diretti al perseguimento di un unico fine: quello di una fattispecie penale nella quale si ricompongono le contraddizioni pure insite negli atti a carattere ausiliario che hanno concorso alla produzione dell'evento⁹⁰.

Elementi rappresentativi della procedimentalizzazione di una fattispecie penalmente rilevante sono:

- a) l'esistenza di circostanze che configurano delle attenuanti penalmente previste;
- b) la presenza di un'azione compiuta in stato di forza maggiore, prevista come scriminante;
- c) l'individuazione di procedure di avviso e di controllo;
- d) la fissazione di adempimenti temporali, cadenzati dall'intervento di una pluralità di soggetti portatori di interessi, non necessariamente univoci.

Il complesso di norme morali, consuetudinarie, legislative può essere regolato e schematizzato entro ambiti ben definiti che non costituiscono altro che una sommatoria di compromessi comportamentali accettati dalle varie parti chiamate in causa. Attraverso il

legame della società con le vittime della loro violazione [...] in questa funzione esso avanza a buona ragione la pretesa di possedere una validità interculturale". O. HÖFFE, *Déterminer les droits de l'homme à travers une discussion interculturelle*, in «Revue de Métaphysique et de Morale», 102, 4, 1997, pp. 461-495. Sulla procedimentalizzazione in ambito penale e il contrasto tra comportamenti penalmente sanzionabili e comportamenti procedimentalizzati non sanzionabili, cfr.: O. HÖFFE, *Gibt es ein, interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Suhrkamp, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1999, trad. it. *Globalizzazione e diritto penale*, Edizioni di Comunità, Milano, 2001, *passim*; ID., *Déterminer les droits de l'homme*, cit., p. 461 e ss.

⁹⁰ Per tutti A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato: origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Cedam, Padova, 2000, *passim*.

dialogo, ricerche sul campo, indagini conoscitive, scambio di esperienze e punti di vista, vengono raggiunte sintesi condivise.

Sempre più i cittadini europei e degli Stati nazionali si trovano a vivere un malessere normativo dovuto all'abbondanza di legislazione orizzontale e verticale⁹¹, anche a causa della produzione normativa delle società intermedie e delle formazioni sociali. Inoltre si può notare che gran parte del diritto trae immediatamente origine dalla società, in quanto esso stesso è interno all'ordinamento dei rapporti sociali⁹². Tuttavia le interazioni tra le diverse forme di diritto, consuetudinarie, locali e importate vanno analizzate alla luce dei concetti della tolleranza e di diversità di una società multiculturale.

Basti pensare che, mentre in passato le minoranze etniche gradualmente si integravano negli Stati di residenza, oggi i gruppi etnici che emigrano difendono la loro identità culturale, mantenendo la propria lingua, la propria religione e i propri costumi, favoriti in questo dallo stesso diritto internazionale privato che, a sua volta, tende progressivamente ad ampliare i propri ambiti di intervento, sovrapponendosi ai diversi diritti nazionali⁹³.

Così, il pluralismo normativo permette di allargarsi ad un complesso di norme che è difficile considerare "giuridiche", ma che possono entrare in relazione con norme di diritto positivo o con norme istituzionali⁹⁴.

⁹¹ L. PEGORARO, A.J. PORRAS NADALES (a cura di), *Qualità normativa e tecnica legislativa. Europa, stati, enti sub-statali. Calidad normativa y técnica legislativa. Europa, Estados y entidades infraestatales*, Bonomo, Bologna, 2003, con interventi anche di E. Pattaro, A. Vidaschi, M. Medina Guerriero, J.O. Frosini, S. Bagni, J.I. Peinado Gracia, F.J. Gutiérrez Rodríguez; A. VEDASCHI, *Istituzioni europee e tecnica legislativa*, Giuffrè, Milano, 2001.

⁹² G. ZAGREBELSKY, *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, cit.; L. PEGORARO, A.J. PORRAS NADALES (a cura di), *Qualità normativa e tecnica legislativa*, cit., *passim*.

⁹³ Sulla capacità dei gruppi etnici di sviluppare sul territorio europeo un proprio diritto si veda per la ricchezza e l'autorevolezza dei contributi, anche se datato, il volume: *Fédéralisme, régionalisme, et droit des groupes ethniques en Europe*, hommage à Guy Héraud, édité par Theodor Veiter, Braumüller, Wien, 1989, *passim*.

⁹⁴ Si tratta di una riflessione che contraddistingue la cultura filosofica e giuridica di fine secolo, a proposito della quale si veda anche: G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, Giuffrè, Milano, 1996; ID., *Diritto policontestuale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, La Città del Sole, Napoli, 1999; ID., *Global law without a state*, Aldershot, Dartmouth, 1997; ID., *Transnational governance and constitutionalism*, Hart, Oxford-Portland, 2004.

Per questi motivi si è pensato alle problematiche di natura religiosa che accomunano tutto il territorio nazionale ed europeo, con specificità capaci di influenzare la produzione normativa e l'applicazione dei modelli di riferimento⁹⁵. Le Confessioni religiose costituiscono formazioni sociali da tempo sperimentate, particolarmente coese, rappresentanti di interessi forti e, quindi, in grado di essere potenzialmente strutture "istituzionali" capaci di sostituirsi a quelle democratiche ed elettive degli apparati pubblici e di imporre il rispetto delle norme da esse autoprodotte⁹⁶.

Il principio di eguaglianza viene, inoltre, messo in discussione dalla sostituzione delle norme generali e astratte – da sempre espressione della sovranità dello Stato – da parte di norme più dettagliate le quali, in maniera minuziosa, prevedono regole di condotta che offrono maggiori assicurazioni e garanzie rispetto alla legge. Questo soverchiamento della gerarchia delle fonti è spiegabile nel fatto che, in una società multiculturale, i valori che devono essere rappresentati sono molteplici, così come lo sono le culture, e il perseguimento di fini collettivi che la legge si propone di raggiungere non risponde più alle esigenze imposte dalla nuova società che viene via via configurandosi. La mancanza di omogeneità dei valori, sintesi di una società compatta, rende incerta e precaria la norma che, al momento del suo impatto con la realtà fattuale, si sgretola. I "nuovi" valori occupano il posto dei "vecchi", ma questo avviene in modo rapido e incessante, senza che effettivamente abbiano modo di consolidarsi, imporsi ed essere sentiti come tali dalla collettività: non esistono più valori e precetti validi in assoluto. Tutto ciò fa sì che l'attività legislativa diventi più che mai assimilabile ad un esperimento, sempre soggetto ad un continuo divenire che, in caso di fallimento, viene fatto dimenticare e presto sostituito da uno nuovo. Il procedere per tentativi, tuttavia, soprattutto considerati questi coefficienti d'inde-

⁹⁵ Sulla capacità dei diritti religiosi di influenzare le norme di diritto positivo: S. FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi*, cit., p. 32 e ss. in particolare, ma anche *passim*; S. FERRARI, I.C. IBÀÑ, *Diritto e religione in Europa occidentale*, cit.

⁹⁶ F. MESSNER, P.H. PRELOT e J.M. WOEHRLING, *Traité de droit français*, cit.; D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad de conciencia*, cit.; F. ONIDA, *Il fenomeno religioso nei sistemi giuridici extra-europei*, in F. MARGIOTTA BROGLIO, C. MIRABELLI, F. ONIDA, *Religioni e sistemi giuridici*, cit., pp. 253-349.

terminatezza, diviene notevolmente problematico quando si parla di diritto pubblico in generale e di diritto penale in particolare. Partendo dal presupposto che anche le regole comportamentali penalmente rilevanti trovano la loro ragion d'essere in fonti composite, allora lo stesso bene giuridico tutelato muta, così come muta il valore dell'illiceità conferito alla fattispecie. Si intraprende in tal modo la strada del relativismo dell'illecito, dove "il disvalore del fatto non risiede nell'offesa come tale, ma risiede nel creare un pregiudizio insostenibile, oltre che intollerabile". Vista la fumosità della legge statale e l'indeterminatezza che essa provoca, sono gli stessi cittadini ad essere chiamati in causa per produrre norme giuridiche secondarie, al fine di "riconquistare privatisticamente e pattizamente la certezza della norma di comportamento". È così che, avallata la proliferazione di protocolli comportamentali e di codici di condotta nei più variegati ambiti un tal modo di operare, dando vigore e prassi alla proceduralizzazione⁹⁷, mette in crisi sia il principio di legalità che la riserva di legge, per come sono stati fino ad oggi intesi⁹⁸.

⁹⁷ F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, cit., pp. 1193-1200.

⁹⁸ G. FIANDACA, *Nuovi orizzonti della tutela penale*, cit., pp. 175-194.



CAPITOLO II

L'EUTANASIA IN SVIZZERA TRA PLURALISMO IDEOLOGICO E AUTODISCIPLINA DEI VALORI

1. *La protezione costituzionale del diritto della persona alla vita e alla dignità*

Nel 1999 la Svizzera si è data una nuova Costituzione, entrata in vigore nel 2000, dopo essere stata sottoposta ad approvazione mediante referendum costituzionale¹. La scelta di una revisione costituzionale dai caratteri fortemente innovativi ha numerose motivazioni. La principale è costituita dal fatto che la Costituzione materiale si è evoluta via via in base alle consuetudini e alle Convenzioni internazionali sottoscritte dal paese, suffragate da una originale e innovativa giurisprudenza del Tribunale federale di Losanna². Ciò ha fatto sì che la Costituzione materiale si allontanasse, in modo sempre più evidente, dalla Costituzione scritta, tanto che il divario tra le due era divenuto ormai incol-

¹ Il testo originale della Costituzione Federale Svizzera che risale al 1848 è stato revisionato totalmente una sola volta nel 1874, ma ha subito numerosissime revisioni parziali che hanno reso il testo costituzionale poco chiaro e di difficile lettura. Il lavoro costituente del legislatore non si è comunque fermato al testo costituzionale del 29 maggio 1874, ma è sempre proseguito in modo pressoché ininterrotto. Si pensi che nel solo 1998 il testo originario è stato emendato dopo ben 140 tentativi e che nelle precedenti 139 volte le proposte di revisione erano state respinte nelle votazioni popolari. Si veda M.P. VIVIANI SCHLEIN, *La nuova Costituzione svizzera: una soluzione originale*, in A. REPOSO (a cura di), *La revisione della Costituzione federale svizzera*, in «Rivista di Diritto pubblico comparato ed europeo», I, 2000, p. 7 e ss.

² S. CECCANTI, *I diritti fondamentali nella nuova Costituzione svizzera: una tranquilla ratifica della giurisprudenza del Tribunale Federale. La revisione della Costituzione federale svizzera*, cit., p. 47 e ss.

mabile³. La nuova Costituzione raccoglie dunque le elaborazioni dottrinali e le evoluzioni della giurisprudenza⁴ e ciò è particolarmente evidente nel campo dei diritti fondamentali⁵. Sebbene nella vecchia Costituzione del 1874 la loro tutela non fosse del tutto assente, non esisteva un catalogo organico che li enumerasse e la salvaguardia di tali diritti era disseminata all'interno dell'ampio primo capitolo, dedicato alle disposizioni generali, senza che vi fosse un apposito capitolo, come invece accade in quella attuale.

Soprattutto dopo la ratifica da parte della Svizzera nel 1974 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 1950, sono state evidenziate le lacune presenti nella Costituzione, e ciò ha indotto i Tribunali a risolvere le controversie in materia di diritti fondamentali mediante l'applicazione delle norme della CEDU e la conseguente disapplicazione delle norme interne confliggenti con quelle internazionali, considerate maggiormente favorevoli, non dispersive e più garantiste. Si può notare difatti che nel testo costituzionale del 1874 i diritti dell'uomo e del cittadino erano garantiti in modo indiretto e

³ Il controllo di costituzionalità sulle leggi federali non ha consentito un adattamento alle necessità sociali emergenti, facendo sì che venissero meno i criteri di trasparenza e chiarezza necessari e imprescindibili per l'applicabilità di una Carta fondamentale. Numerosi emendamenti ed integrazioni avevano di fatto creato un testo particolarmente denso e poco equilibrato che, oltre che caratterizzarsi per un linguaggio ormai desueto, comprendeva anche materie la cui regolamentazione normalmente è affidata alla legge ordinaria. La prassi dettata dall'Assemblea Federale e dal Consiglio Federale, dalla giurisprudenza del Tribunale di Losanna, nonché le norme di diritto internazionale, avevano contribuito a creare cospicue e ragguardevoli modifiche al testo originario, sottolineando sempre più la sua inadeguatezza a rapportarsi all'evoluzione concreta del diritto costituzionale materiale e la necessità di colmare le lacune soprattutto in materia di diritti fondamentali. In tal senso si veda: S. CECCANTI, *I diritti fondamentali*, cit., *passim*, ma anche A. REPOSO, *Prefazione a La revisione della Costituzione federale svizzera*, cit., pp. 1-6.

⁴ Il Consiglio federale precisa, nel Messaggio sul Progetto di nuova Costituzione, 20 novembre 1996, che "l'aggiornamento, pur attenendosi al pragmaticamente possibile [...] non si esaurisce in una semplice registrazione [...] completando e snellendo il contenuto, nonché ristrutturando e riformulando il testo, il disegno della Costituzione, accoglie in sé necessariamente nuove conoscenze della dottrina e gli sviluppi della prassi". Messaggio del Consiglio federale, *Riforma della Costituzione federale*, n. 14, oggi in M.P. VIVIANI SCHLEIN, *La nuova Costituzione svizzera: una soluzione*, cit., p. 10.

⁵ A. ANDREAS, M. HOTTELLIER e G. MALINVERNI, *Droit constitutionnel suisse*, Staempfli, Bern, 2006, voll. I e II (II in part.).

le posizioni soggettive non erano considerate in quanto tali, ma come “concessioni” che le autorità federali e le autorità cantonali dispensavano ai cittadini, nel rispetto di una prassi abbastanza diffusa nelle Costituzioni dell'Ottocento.

La nuova struttura del testo costituzionale evidenzia l'importanza e la valenza soggettiva che la Carta attribuisce a queste norme e fa emergere la scelta di anteporre la tutela dell'individuo a quella delle formazioni sociali delle quali egli fa parte. Si ribalta così l'impostazione tipica del costituzionalismo del primo ventennio del secolo scorso, ben sintetizzato dalla Costituzione di Weimar. Questa tutela dei diritti individuali si impone persino rispetto ai poteri riconosciuti alle istituzioni federali e cantonali delle quali il cittadino è parte⁶. Tuttavia, la vecchia visione “oggettivistica” permane ancora, laddove si sancisce il principio di sussidiarietà orizzontale in materie delicate, quali, ad esempio, la salute. Ed è proprio questo principio una delle chiavi di lettura più importanti del nuovo testo costituzionale per l'oggetto della nostra ricerca.

La Costituzione svizzera prevede una tutela molto ampia in tema di salute, dettando specifiche norme in materie che altre Costituzioni demandano alla legislazione ordinaria. È singolare notare che siamo di fronte ad una “legislazione costituzionale di dettaglio” che, nell'elencare i campi d'intervento in materia sociale⁷, affida prioritariamente ai privati la soddisfazione dei bisogni relativi alla salute, ma, alla luce del combinato disposto degli articoli 7 e 12, obbliga lo Stato e i Cantoni a rispettare e proteggere la dignità della persona,

⁶ La protezione della dignità umana, infatti, è “l'ultimo rimedio del diritto, laddove la garanzia di tutti gli altri diritti fondamentali rimane inefficace”, A. AUER, G. MALINVERNI e M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse. Les droits fondamentaux*, vol. II, Stämpfli, Berne, 2000, 134. Si veda anche: A. SCHMIDT, *La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel suisse et britannique*, Thèse de licence Droit, Neuchâtel, 2001.

⁷ Articolo 41. 1. A complemento della responsabilità e dell'iniziativa privata... [...]. 2. La Confederazione e i Cantoni si adoperano affinché ognuno sia assicurato contro le conseguenze economiche della vecchiaia, dell'invalidità, della malattia, dell'infortunio, della disoccupazione, della maternità, dell'orfanità e della vedovanza. 3. La Confederazione e i Cantoni perseguono gli obiettivi sociali nell'ambito delle loro competenze costituzionali e dei mezzi disponibili [...]. L'ordinamento elvetico accentua e sottolinea il ruolo sussidiario dello Stato rispetto a quello primario

garantendo ad essa i mezzi indispensabili per un'esistenza dignitosa, e quindi sancendo l'obbligo per le istituzioni di intervenire laddove l'iniziativa dei privati sia insufficiente.

Trattando dei diritti individuali il testo costituzionale si spinge a tal punto da normare in materia di procreazione assistita e ingegneria genetica, tutelando con scrupolosa attenzione la dignità della persona⁸ sull'esempio di molte moderne Costituzioni che risentono della sempre maggiore attenzione degli ordinamenti per le problematiche etiche connesse alla qualità della vita⁹. Tuttavia nulla si dice nella Costituzione a riguardo di una materia come quella concernen-

affidato all'iniziativa dei cittadini. Mentre di solito ci si trova di fronte ad un intervento dello Stato che affianca quello privato e, nel quadro della sussidiarietà orizzontale, lo privilegia quando questo opera, ma comunque è sempre presente con una propria offerta di servizi, nell'ordinamento svizzero il ruolo dello Stato è così marginale che ai sensi dell'articolo 41.4. Cost. "Dagli obiettivi sociali non si possono desumere pretese volte a ottenere direttamente prestazioni dello Stato". Questa impostazione individualistica e personalistica dei rapporti sociali caratterizza l'intero ordinamento e la stessa società svizzera.

⁸ Articolo 7. *Dignità umana*. La dignità della persona va rispettata e protetta; Articolo 119 *Medicina riproduttiva e ingegneria genetica in ambito umano*; Articolo 119a *Medicina dei trapianti*; Articolo 120 *Ingegneria genetica in ambito non umano*.

⁹ Il Dipartimento federale di giustizia e polizia, Ufficio federale di Giustizia, nel *Rapporto della nuova Costituzione federale*, 18 dicembre 1998, al punto 3 – Adeguamenti alla realtà costituzionale – il I° cpv, nel commentare la struttura della nuova Costituzione rileva che: "Il diritto costituzionale svizzero vigente non figura unicamente nel testo della Costituzione; esso si è evoluto in parte anche mediante la giurisprudenza del Tribunale Federale, la prassi delle autorità e il diritto internazionale fatto proprio dalla Svizzera. La nuova Costituzione prende atto di tale evoluzione, colmando le lacune nel testo e chiarendo questioni ancora aperte". Ora in A. REPOSO (a cura di), *La revisione della Costituzione federale svizzera*, cit., *documenti*, p. 138. Il riconoscimento dell'importanza della giurisprudenza del Tribunale Federale e ancor più l'importanza delle norme internazionali costituiscono uno dei tratti caratteristici del rinnovamento delle Carte costituzionali nazionali, propense ad accogliere – come quella olandese – il principio secondo cui le clausole di un trattato, vincolanti per ciascun cittadino, acquistano validità diretta nell'ordinamento giuridico del paese, senza la mediazione del legislatore nazionale. I Paesi Bassi sostengono in questo modo il cosiddetto "monismo", teoria secondo la quale l'ordinamento giuridico nazionale e internazionale formano un unico sistema. P.W.C. AKKERMANS, *Onderwijs als constitutioneel probleem*, Alphen aan de Rijn, Brussel, 1980; ID., *De Grondwet. Een artikelsgewijs commentaar*, Zwolle, 1987; E.A. ALKEMA, *Staatsrecht buitenlandse betrekkingen en de internationale rechtsorde*, Nijmegen, 1987, pp. 64-105.

te la fine della vita che troverebbe – ad avviso di chi scrive – una collocazione del tutto coerente nel nuovo quadro costituzionale.

Per individuare le ragioni di questa scelta occorre ricordare che l'elaborazione delle norme che concernono problemi etici di rilevante portata non sempre segue percorsi legislativi agevoli. La società svizzera ha affrontato con difficoltà i problemi connessi alla tutela della vita, tanto che la legge sull'aborto è stata approvata solo nel 2002, dopo un lungo e travagliato dibattito durato ben otto anni¹⁰.

Ricordiamo a riguardo che la vecchia dizione degli articoli 118-121 del Codice penale svizzero, in vigore dal 1942, proibiva l'interruzione volontaria della gravidanza, salvo i casi in cui questa potesse causare un danno grave e permanente alla salute della donna. Il pericolo doveva essere certificato da un secondo medico autorizzato dallo Stato.

L'eterogeneità delle disposizioni cantonali d'esecuzione relative ai suddetti articoli del Codice penale e la diversa interpretazione del concetto di salute aveva fatto nascere in Svizzera una prassi alquanto eterogenea in materia di aborto. Infatti, accanto a Cantoni così detti "più liberali", ve ne erano altri che prediligevano un'interpretazione restrittiva delle norme, al punto che era quasi impossibile per una donna incinta interrompere la gravidanza.

Questa situazione aveva dato vita, come d'altra parte già si era verificato in Irlanda rispetto alla Gran Bretagna, al così detto "turismo abortivo" o "turismo ginecologico" dai Cantoni più restrittivi ai Cantoni più liberali o addirittura all'estero. Negli anni Settanta, a seguito anche delle trasformazioni del tessuto sociale nella direzione di una crescente liberalizzazione dei costumi, si è tentato di introdurre una modifica delle disposizioni di legge. L'iniziativa di revisione delle norme penali fu respinta e venne riproposta dalla consigliera Barbara Haering Binder solo nel 1993¹¹.

¹⁰ E. (de) LUZE, *Interruption volontaire de grossesse et droit à la vie. Aspects pénaux du droit du vivant*, Bâle, Genève, Bruxelles, 2004; A. WÜST-SOKOLNICKA, *Les femmes socialistes suisses et leur engagement pour la dépénalisation de l'interruption de grossesse: des revendications ouvrières aux positions féministes*, Fribourg, 2004.

¹¹ CNE, *Parere della Commissione nazionale d'etica sulla soluzione dei termini*, parere n. 2, Ginevra, 2 maggio 2002, p. 3 e ss.

L'iniziativa parlamentare, che prevedeva la depenalizzazione dell'interruzione della gravidanza nei primi tre mesi, è stata approvata dal Parlamento, dopo otto lunghi anni di dibattito politico, sociale e religioso, e ha visto contrapporsi l'etica protestante a quella cattolica. Il 2 giugno 2002 il popolo svizzero è stato chiamato a esprimersi su due proposte di legge concernenti una nuova regolamentazione dell'interruzione di gravidanza: la proposta del Parlamento sull'introduzione di una "soluzione dei termini" (che prevedeva una attenuazione delle disposizioni di cui agli articoli 118-121 cps) e la legge d'iniziativa popolare "Per la tutela di madre e bambino" (che, al contrario, chiedeva un loro inasprimento).

Il buon esito ottenuto dalla proposta parlamentare ha permesso di introdurre la modifica agli articoli 118-121 cps, con la Legge federale n. 1, del 23 marzo 2001 (*Interruzione della gravidanza*), in vigore dal 1° ottobre 2002, consentendo così l'interruzione volontaria della gravidanza nel pieno rispetto dell'autonomia della donna incinta e della tutela dell'essere vivente non ancora nato. L'aborto continuerà a costituire un reato. Tuttavia, una donna incinta che non desidera la gravidanza avrà la facoltà di decidere entro un dato termine (tre mesi) se può o desidera proseguirla¹².

Analoga scelta viene fatta dalla nuova Costituzione a proposito di medicina riproduttiva e ingegneria genetica in ambito umano¹³. La legge attuativa del dettato costituzionale utilizza anch'essa il medesimo strumento dell'autorizzazione e della vigilanza per regolare il ricorso alla fecondazione, prevedendo la creazione di centri specializzati e sottoposti a vigilanza, nei quali vengono praticati gli interventi¹⁴. Altrettanto dicasi per le norme in materia di trapianti in relazione alle quali il regime autorizzatorio e la vigi-

¹² La breve ricostruzione del dibattito e delle problematiche relative all'aborto nella Federazione elvetica che proponiamo non pretende, ovviamente, di essere esaustiva. Per una maggiore completezza si rimanda alla CNE, *Parere della Commissione nazionale d'etica*, cit., *passim*.

¹³ Si veda l'articolo 119 della Costituzione. S. CECCANTI, *I diritti fondamentali nella nuova Costituzione svizzera: una tranquilla ratifica*, cit., p. 51 e ss.

¹⁴ *Legge federale concernente la procreazione con assistenza medica* (LPAM), 18 dicembre 1998, entrata in vigore il 1° gennaio 2001, articoli 8-13.

lanza da parte delle autorità sia cantonali che federali è costante e pregnante¹⁵.

Le scelte in materia di attività che riguardano la vita e la morte che, a quanto pare, sono perseguite dal legislatore elvetico, sia costituzionale che ordinario, sembrano caratterizzarsi per l'affidamento delle decisioni alle autorità sanitarie, sia federali che cantonali, riguardo agli istituti potranno praticare le attività necessarie in materia di aborto, fecondazione e trapianti, attività tutte sottoposte all'attenta vigilanza delle autorità pubbliche. A questa regola sfuggono le pratiche di fine vita, con il risultato che il suicidio assistito avviene in edifici di privati e in assenza di un supporto medico-psicologico.

Al legislatore costituzionale è mancato il coraggio di intervenire in questa delicata e sofferta materia, anche se riteniamo che il quadro normativo segnalato, relativo a tutte le attività connesse alle tematiche della vita e della morte, spinge nella direzione di un inevitabile intervento i cui prodromi si intravedono in un ventaglio di provvedimenti che investono le diverse fasi delle procedure eutanasiche e nell'inizio di proceduralizzazione delle pratiche eutanasiche verso il quale la Confederazione elvetica, dopo un tormentato dibattito, sembra avviata.

L'esclusione dell'ingerenza statale nelle scelte etiche che riguardano l'individuo, il rifiuto di ricorrere a una norma legislativa per costringerlo ad assumere comportamenti riguardanti la sua dignità – dove nella dignità della persona si intendono inclusi i suoi diritti fondamentali relativi alla libertà, all'autonomia, all'uguaglianza, alla salute – possono essere consentiti solo se l'azione si verifica all'interno e con le caratteristiche di un determinato *iter* procedurale.

Così come si ritiene che “solo la donna incinta è in grado di comprendere il significato di una gravidanza indesiderata per se stessa e per la sua vita, lei soltanto è nelle condizioni di potere valutare pienamente le ripercussioni sulla sua vita. Di conseguenza, solo la donna incinta, consapevole del significato della gravidanza, è in grado di prendere una decisione”¹⁶, viene da pensare che solo la persona

¹⁵ Si veda a riguardo l'articolo 120 della Costituzione, nonché la *Legge federale sul trapianto di organi, tessuti e cellule*, approvata l'8 ottobre 2004, entrata in vigore il 19 ottobre 2004.

¹⁶ CNE, *Parere della Commissione nazionale d'etica*, cit., p. 5.

direttamente interessata può assumere delle decisioni in ordine alla sua vita e alla sua morte.

Perciò risulta difficile comprendere perché la capacità di decidere in modo responsabile su come affrontare una situazione di conflitto morale come quella dell'interruzione volontaria della gravidanza, non possa valere anche quando si tratta di scegliere la modalità della propria morte. In tutti gli ordinamenti in cui si prevede la regolamentazione dell'eutanasia passiva, perché venga consentita una scelta devono ricorrere condizioni comuni, che vanno dalla capacità di intendere e di volere del soggetto alla sua maggiore età, dalla inefficacia provata delle cure palliative, alla sofferenza in alleviabile, fino alla dimostrata circostanza che si tratta di anticipare di pochi giorni una morte già riconosciuta e annunciata. Quando si parla di eutanasia, infatti, spesso non si tiene conto del fatto che possano esistere anche questi presupposti né si considera che non tutte le persone che ne fanno richiesta si trovano in stato vegetativo permanente. Esistono casi in cui il divieto di accanimento terapeutico costituisce già di suo eutanasia passiva, ma se la parola eutanasia solleva gli animi e le proteste ed è scomoda e ingombrante, il nascondersi dietro il sottile velo del divieto di accanimento terapeutico non fa altro che ingenerare, in assenza di norme che la regolano, abusi e incertezze. Una legge, se presente, sarà sempre e comunque più restrittiva e più garantistica di una regolamentazione dove ogni decisione è lasciata al paziente, ai singoli o al medico. Già l'obbligo di notifica di ogni interruzione di vita ha non solo scopi statistici, ma anche di controllo giudiziario sulla correttezza delle procedure e porrebbe le premesse perché i Cantoni e la Confederazione stessa possano esercitare una funzione di sorveglianza e di garanzia per coloro che volessero avvalersi del trattamento eutanasi.

In una società pluralista coesistono varie concezioni, che si riferiscono a valori fondamentali sia etici che morali. Esse sono insieme tutte egualmente valide e tutte inaccettabili e si pongono idealmente come rette parallele che rappresentano i percorsi possibili. Per quanto riguarda le problematiche connesse al ricorso all'eutanasia passiva, non esiste una posizione morale vincolante e accettata da tutti; pertanto il diritto ha il compito di far convivere le divergenze e di mantenere la pace sociale, di mediare tra le soluzioni possibili. In caso di conflitto tra imperativi morali, la legge può mirare a una regolamentazione che tenga op-

portunamente conto delle diverse opzioni, e solo una legislazione liberale e controllata può rappresentare un passo in questa direzione.

Lo scopo e l'opportunità di una regolamentazione risiedono nella necessità di impedire che l'eutanasia sia lasciata nelle mani di agenzie di privati che, seppure senza fini di lucro ed egoistici, la praticano in assenza di un supporto medico. La morte e la vita, l'aborto e l'eutanasia, la procreazione come i trapianti presentano interrogativi morali di pari dignità e, in tutti questi casi, i poteri pubblici dovrebbero apprestare gli strumenti per garantirli, tutelarli, attuarli e limitarli, anche attraverso l'autodisciplina, ma mai lasciando completamente libero il privato di agire come meglio crede, in solitudine.

È inoltre del tutto evidente che non si può gravare il medico o lo psicologo di decisioni così drastiche, anche perché il conflitto di interessi potrebbe sempre emergere, ma alla luce di determinate circostanze (capacità di intendere e di volere, maggiore età, inefficacia delle provate cure palliative, sofferenza non alleviabile, anticipazione di pochi giorni di una morte già riconosciuta e annunciata) si tratterebbe di dare dignità e di rendere finalmente davvero sociale un problema che, a conti fatti, di sociale ha ben poco e che lascia, ancora una volta, l'individuo nell'illusione di essere gestore dei suoi interessi e nell'inganno di una società attenta ai suoi bisogni, ma che in realtà lo lascia solo con se stesso.

Come spiegare dunque una così grande attenzione nella nuova Costituzione per i problemi connessi alla bioetica, alla procreazione, ai trapianti, se non considerando la portata strategica di queste problematiche nella prospettiva di un potenziamento della politica demografica, volta a preservare l'identità della popolazione svizzera, sempre più costretta a vivere in una *enclave* a causa di scelte reiterate in materia di politica demografica e di chiusura della società nel suo complesso, testimoniata dalla mancata adesione del paese alla Comunità Europea, decisa mediante referendum e quindi largamente condivisa dalla popolazione¹⁷. Né si può tacere sulla politica dell'immigra-

¹⁷ Le procedure per l'acquisizione della cittadinanza in Svizzera sono estremamente lunghe e difficili, tanto che non si acquisisce automaticamente la cittadinanza per effetto di un matrimonio con un cittadino svizzero, indipendentemente dal paese di provenienza del coniuge. Questo meccanismo fa sì che la composizione

zione che ha portato all'adozione di una legge sulla cittadinanza, ritenuta da molti tra le più restrittive al mondo¹⁸.

Le ragioni delle resistenze ad affrontare il problema eutanasi-co, certamente presente in una società affluente come quella svizzera, mediante una legge che regolamenti il fenomeno, risiedono inoltre nella ricordata forte caratterizzazione personalistica dell'ordinamento svizzero, che rispecchia un'ideologia ben radicata nella società di quel paese, grazie alla quale si afferma la piena disponibilità del soggetto di tutti i poteri che concernono la gestione della propria persona e quindi anche il bene vita¹⁹.

della popolazione sia tendenzialmente statica e che, quindi, gli avvicendamenti al potere siano estremamente difficili e lenti, in quanto la partecipazione democratica è ristretta alla cerchia chiusa dei cittadini. Il decreto federale del 3 ottobre 2003 sulla naturalizzazione ordinaria e sulla naturalizzazione agevolata dei giovani stranieri della seconda generazione (FF 2004 5915) è stato respinto in seguito al referendum popolare del 26 settembre 2004. Questa scelta ha fatto sì che la vigente *Legge federale sull'acquisto e la perdita della cittadinanza svizzera*, RU 2005 5239, resti una delle leggi più restrittive del mondo occidentale in materia. Il 24 settembre 2006 la maggioranza della popolazione ha deciso, mediante referendum (FF 2006 3735; FF 2006 3737), di modificare in senso restrittivo due leggi: la legge federale del 16 dicembre 2005 sugli stranieri (LStr), pubblicata sul FF 2005 6545; e la legge sull'asilo (LAsi), pubblicata sul FF 2005 6603. Il risultato del voto ha suscitato le critiche dell'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR), confermando che la legislazione Svizzera in materia di concessione di asilo allo straniero rimane tra le più rigide d'Europa. Per quanto riguarda l'entrata in vigore delle nuove norme, d'intesa con i Cantoni, sarà proposto al Consiglio federale di porre in vigore una prima parte della legge sull'asilo riveduta già il 1° gennaio 2007 e le restanti disposizioni il 1° gennaio 2008.

¹⁸ Negli ultimi trent'anni, gli svizzeri si sono pronunciati ben sei volte su referendum "anti-stranieri", bocciando tutte le proposte di legge presentate. La proposta di legge federale d'iniziativa popolare *Limitazione dell'immigrazione dagli Stati non membri dell'UE*, pubblicata sul Foglio federale dell'11 marzo 2003 (FF 2003 1873), non è stata sottoposta al vaglio dell'elettorato per insufficienza del numero di firme. La proposta di legge, anch'essa d'iniziativa popolare, votata il 24 settembre 2000 del 28 agosto 1995 (FF 1999 2207), recante il titolo: *Per una regolamentazione dell'immigrazione*, è stata respinta con 1.330.224 voti contrari, rispetto a 754.626 voti favorevoli, come pure da tutti i Cantoni. La legge federale d'iniziativa popolare *Misure sull'immigrazione*, pubblicata sul «Foglio Federale» in data 13 marzo 1997 (FF 1997 II 371), non è stata sottoposta al vaglio dell'elettorato per insufficienza del numero di firme.

¹⁹ Il "Personalismo", come corrente di pensiero, nasce nell'ambito del cattolicesimo francese del Novecento. Cfr. E. MOUNIER, *Il personalismo*, AVE, Roma, 1964. La sua elaborazione è ripresa soprattutto da J. MARITAIN, *I diritti dell'uomo e*

Ritroviamo con forza questo principio in materia di salvaguardia della vita, integrità del corpo, della salute (artt. 10, 118 Costituzione), nella tutela della dignità umana – che comprende la dignità della persona, della personalità, della famiglia e ancora della salute – (artt. 7, 119, 119a Costituzione), nonché dell’uguaglianza dei soggetti nel godimento dei diritti (art. 8 Costituzione). Sullo sfondo delle garanzie riconosciute dalla Costituzione appare sempre e comunque il ruolo centrale dell’autodisciplina nel regolamentare queste materie.

2. *Le norme cantonali su eutanasia e cure palliative*

La Costituzione federale all’articolo 3 attribuisce la competenza in materia di tutela della salute ai Cantoni²⁰. In Svizzera, infatti, non esiste alcun Ministero della Sanità, tanto che l’Ufficio Federale per la Salute Pubblica (UFSP) e l’Ufficio Federale per la Previdenza Sociale fanno parte del Dipartimento Federale per gli Affari interni.

la legge naturale, Vita e Pensiero, Milano, 1977, il quale pone al centro della propria riflessione la persona, nella sua singolarità e irripetibilità. Per questa corrente di pensiero i diritti dell’uomo devono essere anteposti a quelli del cittadino. Tale elaborazione nasce dalla necessità di opporsi sia al liberalismo sia al marxismo, salvando almeno in parte le esigenze di giustizia sociale e uguaglianza sostanziale, certamente conciliabili con una parte della dottrina sociale della Chiesa. Se è vero però che la società è vista come un insieme di persone, la cui dignità è anteriore alla società stessa, non possono negarsi connessioni di tale corrente di pensiero alla concezione comunitaria e pluralista. Per essa la persona, infatti, tenderebbe naturalmente alla socialità e alla solidarietà e il suo stesso sviluppo esigerebbe la presenza di una pluralità di comunità autonome, prima tra tutte la famiglia. N. NAVA, *Personalismo giuridico*, Bassi & Nipoti, Modena, 1951. Più recentemente si veda: L. PAREYSON, *Esistenza e persona*, Il Melangolo, Genova, 2002.

²⁰ L’articolo 3 della Costituzione svizzera recita, infatti, che: “I Cantoni sono sovrani per quanto la loro sovranità non sia limitata dalla Costituzione federale ed esercitano tutti i diritti non delegati alla Confederazione”. La Costituzione garantisce dunque un’elevata autonomia ai Cantoni, le cui competenze sono definite in via residuale e, nella misura prevista dal diritto cantonale, ai Comuni. Una seconda peculiarità della Svizzera è l’elevato grado di decentramento locale per quanto attiene la gestione e l’erogazione dei servizi pubblici, in omaggio al principio di sussidiarietà che informa l’ordinamento di molti Stati. Tale ordinamento predilige il conferimento dei compiti a livello di governo più basso possibile e un forte coinvolgimento nell’erogazione di questi, sia dei privati sia delle comunità locali.

La competenza in materia di organizzazione del sistema sanitario appartiene dunque ai Cantoni che, nel rispetto del principio di sussidiarietà verticale, distribuiscono tale competenza anche alle strutture territoriali, cioè ai Comuni²¹. Ai Cantoni spetta il potere di legiferare in questa delicata materia e per tutto quanto attiene alla prevenzione. A riguardo, dunque, ogni Cantone dispone di una propria legislazione sanitaria²².

²¹ In un contesto di federalismo così accentuato accade che le differenze strutturali, soprattutto economiche, esistenti tra una regione e l'altra tendano a esasperarsi. Quest'aspetto emerge con chiarezza quando si paragonano le differenti capacità finanziarie dei Cantoni. Fatta pari a 100 la capacità finanziaria media di tutti i Cantoni svizzeri, il Cantone più ricco (Zurigo) dispone di una capacità finanziaria di 157 contro i 31 del Cantone più povero (Giura). Per superare queste forti disparità e sostenere l'effettiva autonomia dei Cantoni finanziariamente deboli ci si avvale dello strumento della perequazione finanziaria, ossia di trasferimenti monetari orizzontali (tra organi appartenenti allo stesso livello istituzionale, per esempio tra Cantoni) e verticali (tra organi appartenenti a livelli istituzionali diversi, per esempio tra Confederazione e Cantoni). In questo modo si attenuano le differenze tra istituzioni economicamente deboli ed economicamente forti. Queste brevi e non esaustive nozioni sull'organizzazione federale svizzera sono molto importanti per capire quale sia la struttura del sistema sanitario elvetico. Sul punto si veda lo studio di: L. CRIVELLI, M. FILIPPINI e I. MOSCA, *Federalismo e spesa sanitaria regionale: Analisi empirica per i Cantoni svizzeri*, in D. FRANCO, A. ZANARDI (a cura di), *I sistemi di welfare tra decentramento regionale e integrazione europea*, Franco Angeli, Milano, 2003.

²² Le radici del sistema sanitario svizzero risalgono all'inizio del XX secolo e più precisamente al varo della prima legge sull'assicurazione malattia e infortuni (LAMI) avvenuto nel 1911. Rispetto ai termini di paragone dell'epoca (in particolare rispetto al modello assicurativo tedesco fortemente centralistico istituito da Bismarck nel 1883) il legislatore svizzero adottò scelte di campo diverse. In particolare il Parlamento svizzero rinunciò a rendere obbligatoria l'assicurazione malattia sul piano nazionale, lasciando ai Cantoni, nell'ambito della loro sovranità in materia, la decisione d'istituirne l'obbligo a livello cantonale. Si optò per l'affiliazione individuale dei cittadini e per premi indipendenti dal reddito. Inoltre la Svizzera decise di non istituire, come nel caso di altre assicurazioni sociali, un ente assicurativo pubblico, ma di affidare la gestione del rischio malattia a una pluralità d'istituzioni mutualistiche, a carattere privato *no profit*, denominate "Casse malati". Al fine di incoraggiare la sottoscrizione dell'assicurazione malattia, infine, la Confederazione accettò di partecipare indirettamente al finanziamento della sanità attraverso lo stanziamento di un sussidio alle Casse malati, a beneficio cioè di tutta la collettività degli assicurati. Nel secondo dopoguerra, in seguito agli enormi progressi tecnologici nel settore medico e farmaceutico, in tutta Europa si assistette a un'incessante attività di riforma dei sistemi sanitari. Negli anni Sessanta queste riforme furono finalizzate a

I servizi sanitari sono ricompresi tra quelli di cui una collettività deve dotarsi e perciò sono meritevoli di una particolare tutela: sono offerti direttamente dal settore pubblico attraverso strutture gestite tramite il proprio apparato strumentale o indirettamente, sostenendo finanziariamente iniziative dei privati. L'intervento delle istituzioni pubbliche è finalizzato a promuovere un'offerta di servizi sanitari tendenzialmente omogenea su tutto il territorio nazionale. Stante l'autonomia dei Cantoni e la competenza di questi in materia, l'intervento statale si limita ad assicurare l'equità di finanziamento del servizio e la libertà di accesso a tutti, dettando le regole generali per l'assicurazione sociale.

Il federalismo fiscale che caratterizza l'ordinamento svizzero induce a ritenere che l'offerta di servizi sanitari – da parte o con il sostegno pubblico – dovrebbe essere promossa e gestita in buona parte a livello di governo centrale, quale strumento delle politiche di redistribuzione delle risorse. Invece si preferisce tenere conto delle scelte degli individui, scelte che possono variare molto da Cantone a Cantone e, per motivi di efficienza, si sceglie di affidare l'organizzazione e la regolamentazione di questi servizi alle strutture di governo decentrate che sono in

garantire a tutti i cittadini un accesso universale alle cure. Durante gli anni Settanta, in concomitanza con le crisi economiche e le difficoltà finanziarie del settore pubblico, furono introdotte delle riforme rivolte al contenimento dei costi della salute, e infine, negli anni Novanta, sull'onda di una generalizzata euforia nei confronti del mercato, alcune nazioni introdussero misure destinate ad aumentare la concorrenza tra gli operatori sanitari e quindi ad accrescere l'attenzione nei confronti dell'efficienza economica. Per una panoramica sulla storia delle riforme sanitarie in ambito internazionale si veda: D. CUTLER, *Equality, Efficiency, and Market Fundamentals: The Dynamics of International Medical Care Reform*, in «Journal of Economic Literature», 40, 3, 2000, pp. 881-906. In Svizzera, nonostante nei paesi confinanti le riforme si susseguissero a ritmo vorticoso, la normativa federale in materia sanitaria è rimasta praticamente inalterata fino alla metà degli anni Novanta. Sul punto: P. ZWEIFEL, G. PEDRONI, *Die Spitalfinanzierung in der Schweiz. Studien zur Gesundheitsökonomie*, Basel, 1987; I. BOLGIANI, *L'application des nouvelles méthodes de gestion publique dans les secteurs sanitaire et hospitalier: risques et opportunités*, Pubblicazioni della SSPS, Muri, 2002. Da ultimo: L. CRIVELLI, M. FILIPPINI e I. MOSCA, *Federalismo e spesa sanitaria regionale: analisi empirica per i Cantoni svizzeri*, in D. FRANCO, A. ZANARDI (a cura di), *Welfare state e decentramento fiscale*, Franco Angeli, Milano, 2003. In realtà i tentativi di riformare il sistema sanitario non mancarono, ma furono tutti abbandonati nel corso del complesso iter parlamentare o furono bocciati da votazioni popolari. Esito positivo lo ebbe finalmente la riforma legislativa proposta e varata nel 1994 ed entrata in vigore nel 1996, tramite la *Legge federale sull'assicurazione malattia* (LAMal) attualmente in vigore.

grado di essere molto vicine al cittadino. Si ricorre così al decentramento del servizio, presupponendo che il governo centrale non disponga d'informazioni sufficientemente differenziate sulle preferenze dei cittadini rispetto ai beni e ai servizi sanitari, anche in ragione di possibili diversità tra aree geografiche e culture linguistiche differenti. Di conseguenza, le scelte del governo centrale potrebbero non essere in grado di massimizzare il benessere dei cittadini, determinando così delle inefficienze anche sul piano economico; tuttavia, facendo assumere questa struttura organizzativa al servizio, divengono difficili le economie di scala e lievitano notevolmente i costi del coordinamento tra le diverse strutture, a dimostrazione che non sempre "piccolo è bello"²³.

²³ In presenza di economie di scala nell'offerta di servizi sanitari, pensiamo in particolare agli ospedali e alle case per anziani, risulta economicamente e socialmente più efficiente avere delle giurisdizioni di riferimento piuttosto grandi, che generalmente superano le dimensioni dei governi locali. Questo non avviene purtroppo in Svizzera, dove le giurisdizioni di riferimento per la gestione e la pianificazione degli ospedali sono i Cantoni, mentre le case per anziani sono addirittura gestite a livello di Comuni o Consorzi di Comuni. Vi è stato chi, analizzando empiricamente la struttura e l'organizzazione del settore ospedaliero, L. CRIVELLI, M. FILIPPINI e D. LUNATI, *Dimensione ottima degli ospedali in uno Stato federale*, in «Economia Pubblica», XXXI, 5, 2001, pp. 97-119; M. FILIPPINI, *Economies of scale in the Swiss nursing home industry*, in «Applied Economics Letters», 8, 2001, pp. 43-46, e il settore delle case per anziani, L. CRIVELLI, M. FILIPPINI e D. LUNATI, *Dimensione Regolazione, Ownership and Efficiency in the Swiss Nursing Home Industry*, in «International Journal of Health Care Finance and Economics», II, 2, 2002, pp. 79-97, in relazione alle economie di scala possibili in uno Stato a struttura federale, ha avuto modo di dimostrare che la maggior parte degli ospedali e delle case per anziani svizzere non raggiungono la dimensione economicamente ottimale. Questo dato sta a indicare che la giurisdizione in ambito ospedaliero, per rispondere a criteri di economicità, andrebbe costruita in base a macro regioni create dall'aggregazione di alcuni Cantoni, mentre per le case per anziani la giurisdizione ottimale potrebbe essere il Cantone. Il problema degli anziani, in particolare, riveste in Svizzera grande importanza per la forte incidenza di questa categoria di cittadini sul totale della popolazione ed è oggetto – come vedremo – di una specifica Direttiva dell'Assm in tema di fine della vita. Gli effetti di *spillovers* positivi si verificano allorché l'area dei benefici di alcuni servizi sanitari risulta superiore a quella della giurisdizione di riferimento. "Questa situazione, nel caso della Svizzera, ha generato il fenomeno del 'Cantone clandestino', vale a dire di governi cantonali incentivati ad approfittare di strutture sanitarie esistenti in Cantoni limitrofi, allo scopo di evitare, da un lato, il finanziamento di grossi investimenti nel Cantone e, dall'altro, l'obbligo di contribuire completamente ai costi generati dall'utilizzo delle strutture fuori Cantone da parte dei propri cittadini". L. CRIVELLI, M. FILIPPINI, *Federalismo e sistema sanitario svizzero*, in «Quaderni del Decanato della Facoltà di Scienze Economiche di Lugano», 3, 2003, 7.

Va ricordato che la riforma sanitaria iniziata nel 1991 ha avuto come obiettivi: un rafforzamento dell'equità, in particolare attraverso l'obbligo per tutti i cittadini di stipulare un contratto *standard* di assicurazione malattia; il contenimento dei costi, attraverso un rafforzamento degli strumenti di intervento a disposizione dello Stato; un maggior ricorso al mercato, attraverso la promozione di una più accentuata concorrenza tra le compagnie di assicurazione malattia.

Nel 1996 è stata introdotta l'assicurazione sanitaria a livello nazionale detta LAMal. Questo intervento rappresenta la prima vera riforma, non solo sul piano federale, dopo un immobilismo durato oltre ottanta anni, ma anche, per alcune sue implicazioni, sulla ripartizione delle competenze in campo sanitario tra Cantoni e Confederazione che mutano il preesistente scenario di accentuato decentramento. Pur lasciando formalmente ai Cantoni il compito di assicurare alle rispettive popolazioni l'accesso a prestazioni sanitarie di buona qualità, la LAMal determina uno spostamento degli equilibri di potere nel campo della regolazione dei servizi sanitari dai Cantoni alla Confederazione²⁴. Benché i Cantoni conservino una forte autonomia nella programmazione dell'offerta sanitaria (capacità produttiva, *mix* pubblico-privato) e siano responsabili di sussidiare i servizi sanitari residenziali (ospedali "acuti" pubblici e di interesse pubbli-

²⁴ È solo dal 1996 che l'assicurazione malattia diventa obbligatoria a livello federale ed è solo con la LAMal che viene definito un pacchetto di prestazioni di base garantito a tutta la popolazione svizzera. Questa riforma rappresenta di fatto l'istituzionalizzazione di un servizio pubblico su scala nazionale, dal momento che le prestazioni sanitarie minime, per le quali è dato accesso universale a tutti i cittadini, non possono più essere stabilite per decisione dei singoli governi cantonali. Inoltre, la LAMal rende più omogeneo a livello nazionale il contributo che i Cantoni sono tenuti a versare per le degenze ospedaliere negli ospedali pubblici, imponendo una maggiore generalizzazione degli *spillovers* positivi (mediante l'obbligo per i Cantoni di contribuire finanziariamente alle degenze dei propri cittadini in istituti fuori Cantone) e vincolando il versamento dei sussidi federali per la riduzione dei premi di Cassa malattia ad una partecipazione finanziaria proporzionale da parte dell'erario cantonale. Infine, il governo federale ottiene con la LAMal e con la prima revisione di quest'ultima, entrata in vigore nel 2001, una serie di nuovi poteri in materia di contenimento dei costi della salute, in particolare una maggiore possibilità d'intervento sul personale in esubero esistente nei Cantoni e la possibilità di imporre tariffe a valenza nazionale in sostituzione di quelle a valenza cantonale. L. CRIVELLI, M. FILIPPINI, *Federalismo e sistema sanitario*, cit., p. 7.

co, case per anziani), il governo centrale può intervenire fino al punto da modificare i contenuti del pacchetto di prestazioni sanitarie garantito a tutta la popolazione e regolamentare e controllare l'attività delle Casse malati. La LAMal ha trasformato notevolmente la ripartizione delle competenze tra Confederazione e Cantoni, senza richiedere la modifica della Costituzione e inducendo ad una riflessione sui livelli di finanziamento pubblico del servizio sanitario.

La decentralizzazione delle competenze e della spesa e la forte autonomia dei 26 sottosistemi sanitari cantonali ha determinato una serie di significative differenze tra i Cantoni, sia sotto il profilo del finanziamento pubblico e della regolamentazione adottata sia a livello di economicità di gestione e qualità del servizio erogato.

I costi di questo servizio trovano posto nel bilancio dei singoli Cantoni. I servizi sanitari sono finanziati per il 27% attraverso le tasse federali, cantonali e provinciali, per il 44% attraverso l'assicurazione sanitaria pubblica (obbligatoria), per il 29% attraverso l'assicurazione sanitaria privata e per il 24% con i pagamenti diretti²⁵.

²⁵ Le principali caratteristiche dell'attuale sistema sanitario svizzero sono riassumibili nei seguenti punti:

- sistema che si basa su un modello assicurativo di tipo privato;
- dal 1996 obbligatorietà per tutti i cittadini d'assicurarsi;
- diritti dell'assicurato definiti dai singoli contratti assicurativi; dal 1996 per legge il contratto di base è uguale per tutti i residenti;
- offerta di servizi sanitari residenziali da parte di strutture ospedaliere e case per anziani sia pubbliche che private, finanziate, nella maggior parte dei casi, tramite il sistema della diaria;
- servizi sanitari ambulatoriali prestati da medici liberi professionisti retribuiti secondo uno schema di pagamento all'atto della prestazione;
- completa libertà di scelta del fornitore di prestazioni da parte dell'assicurato (medico di base, specialista);
- tariffe per le prestazioni regolate e definite in base a negoziazioni tra fornitori di servizi, assicuratori malattia e Stato;
- limitato finanziamento del sistema sanitario da parte della Confederazione, dei Cantoni e dei Comuni (sussidi alle strutture ospedaliere riconosciute, dal 1996, sussidi alle persone bisognose per il pagamento dei premi dell'assicurazione malattia obbligatoria).

L'obbligatorietà del sistema assicurativo sanitario determina, oltre il proliferare di società di assicurazioni in concorrenza fra loro, anche notevoli effetti sociali. Infatti, tutte le assicurazioni sanitarie devono fornire un pacchetto base di benefici, che rappresenta il servizio minimo che deve essere prestato.

Inoltre – come si è in parte detto – il sistema sanitario elvetico non poggia su un'assicurazione sociale di stampo tradizionale, come avviene, per esempio, in Francia e Germania, ma si basa su un modello assicurativo di tipo privato che fa perno su alcuni principi a valenza sociale quali: l'obbligatorietà per tutti i cittadini d'assicurarsi, premi regolamentati e indipendenti dal rischio individuale contrattati dallo Stato con le assicurazioni, versamento ai cittadini meno abbienti di sussidi statali per il pagamento dei premi dell'assicurazione malattia.

Se questa è la configurazione organizzativa e finanziaria del sistema, quel che è certo è che i poteri dei Cantoni, nel fissare le norme di accesso al servizio e di tutela del bene salute, sono rimasti integri. È perciò che molte iniziative in tema di eutanasia si sono sviluppate a livello cantonale e solo in alcuni casi hanno investito quello federale. Ad esempio, nel settembre del 1977, i cittadini del Cantone di Zurigo espressero il loro voto favorevole a un'iniziativa parlamentare depositata due anni prima e volta a legalizzare l'eutanasia da parte del medico, su espressa richiesta del paziente incurabile e in fin di vita²⁶. A seguito di tale iniziativa il governo di Zurigo presentò la proposta dinanzi al Parlamento Federale, che però la respinse, ritenendo che le direttive medico-etiche dell'Accademia Svizzera delle Scienze Mediche, emanate per la prima volta nel 1976, disciplinasero in maniera sufficiente ed esauriente tali problematiche. Il Rapporto della Commissione del Consiglio Nazionale ritenne, inoltre, che la possibilità di rendere legale questa proposta andasse contro le

Nel 2004 l'onere sopportato dai cittadini svizzeri per le consultazioni mediche e per i ricoveri ospedalieri, ivi compresi i servizi specialistici, era di 150 franchi svizzeri annuali; se i servizi necessari e richiesti per la salute superano la quota prefissata, i contribuenti sono tenuti a coprire il 10% dei costi eccedenti. La retribuzione dei medici, sia generici sia specialisti, viene calcolata sulla base delle prestazioni offerte. I servizi dei medici sono finanziati per il 60% dalle assicurazioni sociali, per il 4% dalle assicurazioni private e per il 36% da pagamenti dei pazienti. Per quanto invece riguarda il finanziamento dei servizi ospedalieri, esso è fissato annualmente tra le Associazioni Assicurative Sanitarie Cantionali e gli ospedali stessi, col risultato che tariffe relative alla stessa cura possono considerevolmente variare da ospedale a ospedale, anche all'interno dello stesso Cantone. Si veda *ibidem*, *passim*.

²⁶ N. QUELOZ, *Infraction contre la vie, l'intégrité corporelle et la santé: art. 111-136 CPS*, Notes de cours du Prof. Nicolas Queloz, Octobre 2004, pp. 13-14.

norme del diritto svizzero: il paziente capace di intendere e di volere ha la possibilità di scegliere se continuare oppure cessare i trattamenti sanitari²⁷. Tuttavia, la legge sanitaria del Canton Ticino stabilisce che il paziente, purché abbia almeno sedici anni e sia in condizione di intendere e di volere, ha il diritto di decidere liberamente se vuole farsi curare. Egli può quindi anche opporsi a un trattamento medico urgente e indispensabile. Il medico non può costringere un paziente a farsi curare contro la sua volontà, anche se il trattamento consigliato è nel suo interesse²⁸.

Il diritto all'autodeterminazione comprende la decisione da parte del paziente relativa alle scelte di vita. Egli può scegliere sia il ricorso all'impiego di trattamenti e interventi sanitari volti al prolun-

²⁷ Postulato Copt per la depenalizzazione dell'eutanasia passiva. L'iniziativa Allgöwer, invece, prevedeva una sorta di eutanasia passiva in cui l'istituzione di un consiglio formato da medici, a cui spettava la decisione finale se "lasciar morire" il paziente, escludeva la responsabilità del medico curante e che vi fosse una violazione dei suoi doveri professionali. A. PEDRAZZINI, *L'euthanasie. De l'avortement eugénique à la prolongation artificielle de la vie*, Thèse de Doctorat, Faculté de Droit, Université de Lausanne, Locarno, 1982.

²⁸ Le leggi sanitarie cantonali seguono una comune impostazione generale nel settore della tutela dei diritti e della valorizzazione del consenso del paziente. Si veda *Loi du 16 novembre 1999 sur la santé*, Canton de Fribourg; *Loi sur la santé publicque*, Canton de Berne, 2 décembre 1984 (teneur du 6.2.2001). Non potendo dare conto di tutte le leggi cantonali riportiamo nella versione ufficiale le norme della legge ticinese, di più agevole lettura per lo studioso italiano, ma caratterizzata dall'uso di una terminologia giuridica discutibile. Gran Consiglio della Repubblica e Cantone Ticino, *Legge sulla promozione della salute e il coordinamento sanitario. Legge sanitaria*, 18 aprile 1989, BU, n. 177, 1989. Di particolare importanza gli articoli del Titolo II, dedicato ai Diritti individuali: "Generalità. Articolo 5.1. Ogni persona ha diritto a prestazioni sanitarie scientificamente riconosciute. Esse dovranno essere adeguate all'esigenza di cura nel rispetto dei principi della libertà, dignità e integrità della persona umana e tenere conto del criterio di efficacia sanitaria e del principio dell'economicità. 5.2. Sono riservate le disposizioni concernenti l'immunizzazione, la cura e gli altri provvedimenti coattivi previsti dagli articoli 41, 42 e 43 di questa legge. Informazione. a) generalità: Articolo 6. 1 Ogni operatore sanitario, nell'ambito delle proprie competenze professionali, è tenuto a informare il paziente sulla diagnosi, il piano di cura, i possibili rischi nonché su eventuali trattamenti alternativi scientificamente riconosciuti. L'informazione deve essere data in modo chiaro e accessibile al paziente e tenere conto, in specie nella comunicazione della diagnosi, della sua personalità. Solo nel caso l'informazione possa essere suscettibile di portare grave pregiudizio allo stato psicofisico del paziente o compromettere l'esito della cura, essa deve essere data ad una persona prossima; b) incapace di discernimento [di intendere e di volere]. 2. Se il paziente è incapace di

gamento della vita oppure optare per la sospensione o la non applicazione di tali trattamenti.

3. *Eutanasia e assistenza al suicidio nel diritto penale svizzero*

L'articolo 16 del Codice civile svizzero afferma che "È capace di discernimento, nel senso di questa legge, qualunque persona che non sia priva della facoltà di agire ragionevolmente per effetto della

discernimento [di intendere e di volere] l'informazione deve essere data al rappresentante legale o, in difetto, ai parenti o alle persone che ne hanno cura". *Consenso.* a) maggiorenni: Articolo 7. 1 Il consenso cosciente del paziente è necessario per qualsiasi prestazione sanitaria (preventiva, diagnostica, terapeutica, riabilitativa) propositagli. Salvo opposizione manifesta, il consenso è presunto per ogni prestazione sanitaria non invasiva o che non comporta un rischio rilevante per il paziente o che non è suscettibile di invadere la sua sfera intima. 7.2. Il consenso del paziente incapace di discernimento [di intendere e di volere] è dato dal rappresentante legale o, in difetto, dai parenti. 7.3. In caso di imminente pericolo di morte o di grave menomazione per il paziente e di contemporanea incapacità momentanea o durevole di discernimento [di intendere e di volere], il consenso è presunto. 7.4. Le volontà date per iscritto dal paziente prima di divenire incapace di discernimento [di intendere e di volere] devono essere rispettate dagli operatori sanitari che intervengono in una situazione terapeutica prevista; b) minorenni: Articolo 8.1. Le disposizioni previste dall'articolo 7 sono applicabili anche ai minorenni che hanno compiuto il sedicesimo anno di età. 8.2. Se il paziente è di età inferiore ai sedici anni il consenso è dato dal rappresentante legale. È riservato il capoverso 3 di questo articolo. 8.3. Una prestazione sanitaria può essere attuata a un minore di sedici anni senza il consenso del rappresentante legale in caso di imminente o non altrimenti evitabile pericolo di morte o di grave menomazione del paziente. *Dimissioni.* Articolo 9.1. Il paziente capace di discernimento [di intendere e di volere] può interrompere in ogni tempo una cura, rifiutare prestazioni sanitarie o dimettersi da una struttura stazionaria. Sono riservati gli articoli 5 cpv. 2 e 8 cpv. 2 di questa legge. 9.2. Se all'interruzione, al rifiuto o alla dimissione ostano motivi di ordine sanitario che possono mettere in pericolo la salute del paziente o di terzi, il paziente, su richiesta del o degli operatori sanitari interessati, è tenuto a liberarli per iscritto da ogni responsabilità. [...] *Strutture sanitarie stazionarie.* Articolo 19.1. I diritti e le libertà individuali dei pazienti delle strutture sanitarie stazionarie possono essere limitati solo per motivi di ordine medico o organizzativo prevalenti. In particolare i pazienti hanno diritto all'assistenza spirituale, all'accompagnamento alla morte e alla presenza delle persone prossime. La degenza non deve privare il paziente di alcun diritto civile e costituzionale. 19.2. In particolare restrizioni concernenti le visite devono essere fondate unicamente su motivi sanitari e/o organizzativi prevalenti".

sua età infantile o di infermità o debolezza mentale, di ebbrezza o di uno stato consimile”²⁹.

La capacità di comprendere le informazioni relative alle decisioni da prendere, di valutare correttamente una situazione e le conseguenze derivanti dalle diverse scelte è il criterio in base al quale si può determinare la capacità di intendere e di volere del paziente. Essa deve essere rapportata ad un atto determinato e deve esistere nel momento in cui è presa la decisione, muovendo dal presupposto che “il bene giuridico vita è indisponibile solo e quando la sua lesione è apportata da terzi”³⁰.

Nell’ordinamento elvetico queste modalità di provvedere alla tutela dei diritti aprono il varco ad uno spazio non normato relativamente a questo settore, lasciando all’iniziativa dei privati e alla loro autonoma capacità di organizzarsi per soddisfare bisogni ed esigenze individuali, la responsabilità e l’onere di garantire la fruibilità dei diritti. Per ciò il trattamento eutanasi è disciplinato dal Codice penale, in particolare dagli articoli 113-116, che vanno letti tuttavia alla luce dell’articolo 7 della Costituzione, il quale afferma come principio fondamentale quello della dignità della persona umana, intendendo con ciò conferire alla vita il massimo della tutela possibile, sia pure nel quadro di un vivere dignitoso la cui gestione è affidata al singolo più che alle istituzioni. Lo Stato sanzionerà, attraverso le norme penali, ogni attentato alla vita, considerando come cause di non punibilità le circostanze nelle quali ogni persona direttamente o tramite altri si sottrae alla vita³¹. “Les droits sur la vie ne doivent pas être pris au citoyen et reconnus à la société pour qu’elle en dispose

²⁹ Articolo 16, Codice civile svizzero del 10 dicembre 1907 (Stato, 27 dicembre 2005), nella versione ticinese. Il linguaggio, come si vede, è ottocentesco e i termini giuridici utilizzati ne risentono notevolmente.

³⁰ J. DE FARIA COSTA, *La fine della vita e il diritto penale*, in «L’Indice Penale», n.s., VIII, 2, maggio-agosto 2005, 432.

³¹ Di fondamentale importanza nella trattazione della questione sull’eutanasia è, per l’appunto, l’articolo 10 della Costituzione Federale (Diritto alla vita e alla libertà personale), il quale sancisce che: “10.1. Ognuno ha diritto alla vita. La pena di morte è vietata. 10.2. Ognuno ha diritto alla libertà personale, in particolare all’integrità fisica e psichica e alla libertà di movimento. 10.3. La tortura nonché ogni altro genere di trattamento o punizione crudele, inumano o degradante sono vietati”. I diritti tutelati dall’articolo 10, in quanto irrinunciabili, trovano garanzia non

à sa guise". La vita, dunque, appartiene unicamente all'individuo³². E ancora: "Le droit à la mort est alors une émanation du principe de la liberté individuelle garantie par le droit constitutionnelle non écrit de la Confédération"³³.

Ciò malgrado il Codice penale svizzero si occupa e sanziona penalmente negli articoli che vanno dal 111 al 116 ogni azione volta a procurarsi la morte e, pur non essendo il suicidio considerato reato, punisce chiunque, a prescindere dalla professione, dalla formazione e dal coinvolgimento istituzionale, induca altri al suicidio³⁴ o ne rafforzi il proposito laddove tale partecipazione, o aiuto, sia mosso da motivi egoistici. Sulla base di questa norma vengono sanzionati tutti quei comportamenti che possono influenzare la capacità di intendere e di volere e la libertà di decisione del suicida. Pertanto, presupposto irrinunciabile e imprescindibile della nozione di suicidio e

solo all'interno del nuovo testo costituzionale, ma in ogni campo del diritto svizzero. Il diritto penale, quello civile e amministrativo consentono di salvaguardare la libertà personale all'interno dei rapporti interpersonali e nell'ambito del diritto all'autodeterminazione dell'individuo. Anche la Convenzione Europea sui Diritti Umani e il Patto II (Atto internazionale relativo ai diritti civili e politici, del 1966, ratificato dalla Svizzera nel 1992) garantiscono rispettivamente all'articolo 2 e all'articolo 6 il diritto alla vita, nonché il diritto alla libertà e alla sicurezza (art. 5 CEDU e art. 9 del Patto II). Ci si domanda tuttavia se il diritto alla vita e alla libertà personale possano contenere al loro interno anche il diritto alla morte, posto che il diritto all'autodeterminazione viene riconosciuto dal Tribunale Federale come diritto non scritto e deriva dalla garanzia costituzionale della libertà personale. Sul punto N. QUELOZ, *Infraction contre la vie*, cit., p. 16.

³² F. SARDA, *Le droit de vivre et le droit de mourir*, Seuil, Paris, 1975, pp. 145-146, rileva: "Si l'homme est en paix avec sa conscience personnelle et sociale, s'il estime avoir accompli sa vie..., la société qui se reconnaît le pouvoir de l'envoyer à la guerre, à l'insécurité de travail, aux risques de l'existence quotidienne, qui lui a refusé la constante sécurité pour cette même vie, ne peut se permettre de l'obliger à vivre".

³³ A. FAVRE, *Droit constitutionnelle suisse*, Fribourg, 1970, p. 244; J.F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnelle suisse*, Jurisprudence générale, Dalloz, Paris-Neuchâtel, 1967, p. 772; ID., *Petite histoire constitutionnelle de la Suisse*, Francke, Berne, 1983⁴.

³⁴ Il comportamento punibile consiste in un'istigazione o in un aiuto al suicidio. Sul punto si veda: G. STRATENWERTH, BTI I, § 1, n. 54, in *Schweizerisches Strafrecht*, Besonderer Teil I (Straftaten gegen Gemeininteressen), Berna, 1995⁵; M. SCHUBARTH, Art. 115 CP., in *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht*, Besonderer Teil, Band 1 (artt. 111-136 StGB), Berna, 1982; S. TRECHSEL, art. 115 n. 3, in *Schweizerische Strafgesetzbuch*, Kurzkommentar, Zurich, 1997².

della stessa configurabilità della fattispecie menzionata è proprio il principio dell'autodeterminazione, del lucido e consapevole consenso all'evento da parte di colui che vuole porre termine alla sua vita. Per questo motivo, sono esclusi a priori dall'applicabilità della norma di cui all'articolo 115 cps³⁵, tutti quei casi di persone che, o perché in stato confusionale o perché incapaci di intendere e di volere a causa di una malattia o perché minorenni e quindi sottoposti ad una particolare tutela, mostrano il desiderio di togliersi la vita facendosi aiutare da una terza persona³⁶.

Il concetto di "aiuto" è equiparato alla "complicità", di cui all'articolo 25 cps³⁷, per cui l'aiuto può consistere non solo nel mettere a disposizione un mezzo letale, ma anche più semplicemente in un mero sostegno psicologico. Due sono le premesse alla base del reato previsto dall'articolo 115 cps: la padronanza dell'atto³⁸ e la responsabilità della persona nel suicidio tentato o consumato. Tuttavia, pur trattandosi da un punto di vista soggettivo di dolo eventuale, sia riferito all'atto di morte commesso dal suicida con padronanza dell'atto e responsabilità sia riferito all'istigatore-complice, per quanto

³⁵ Le origini dell'articolo 115 cps sono rinvenibili in precedenti norme cantonali, in particolare allo Schaffouse del 3 gennaio 1859, invece il Codice di Neuchâtel reprimeva solo l'incitazione al suicidio, mentre quelli di Fribourg, Berna e Tessin reprimevano l'assistenza al suicidio. Per la definizione del concetto di istigazione si rimanda a quanto previsto dall'articolo 24 cps dal quale si desume che si ha istigazione al suicidio allorché qualcuno provoca in una terza persona la decisione di porre fine alla propria vita. Cfr. M. STEINMANN, *Art. 115 StGB als schweizerische Besonderheit*, in *Strafrecht als Herausforderung: zur Emeritierung von Professor Niklaus Schmid*, Zurigo, 1999, p. 333 e ss.; R. WETTSTEIN, *Leben und Sterben können: Gedanken zur Sterbebegleitung und zur Selbstbestimmung der Person*, Berna, 1995.

³⁶ G. STRATENWERTH, *BTI I*, § 1, n. 56, cit.

³⁷ Articolo 25 cps (Complicità): Può essere attenuata la pena (si veda anche art. 65 cps – Effetti dell'attenuazione) di chi ha aiutato intenzionalmente altri a commettere un crimine o un delitto. G. STRATENWERTH, *BTI I*, § 1, n. 53, cit.

³⁸ Il principale elemento di distinzione tra assistenza al suicidio ed eutanasia attiva è la padronanza dell'atto da parte della persona intenzionata a porre fine alla sua vita. Il gesto suicida, difatti, deve essere compiuto dal diretto interessato e in nessun caso da chi lo assiste. L'impunità dell'assistenza al suicidio non significa assolutamente il diritto a beneficiare di un aiuto al suicidio, ma conferma unicamente la libertà del singolo di porre fine alla propria vita e di chiedere assistenza per passare all'atto. M. STEINMANN, *Art. 115 StGB*, cit.; S. TRECHSEL, *art. 115*, cit.; M. SCHUBARTH, *Art. 115 CP.*, in *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht*, Besonderer Teil, Band 1 (artt. 111-136 StGB), Berna, 1982.

riguarda quest'ultimo soggetto, il giudice, nell'esplorare i complessi processi psicologici che si manifestano nel mondo interiore dell'agente, dovrà, ai fini della configurabilità del dolo eventuale, limitarsi a verificare la sussistenza o meno di motivi egoistici³⁹.

L'istigazione e l'aiuto vengono quindi esclusi dalla perseguibilità penale laddove si accerti che l'agente, pur avendo seriamente fatto

³⁹ L'articolo in esame fissa una regola di portata generale e il legislatore del 1937 non ha certo pensato tale norma in relazione agli eventuali problemi legati alla fase terminale della vita. Del resto l'articolo 115 non fa alcun riferimento alla condizione fisica o mentale della vittima e la norma si rivolge a tutti i cittadini, indipendentemente dalla loro professione. Chiunque può quindi prestare il proprio aiuto nell'ambito del suicidio, a condizione che non vi siano interessi e motivi personali. Affinché l'articolo 115 possa essere applicato, è necessario che l'autore abbia agito intenzionalmente e, coscientemente e volontariamente, abbia incitato la vittima al suicidio o abbia prestato il proprio aiuto nel compimento dell'atto. Da ciò deriva che lo stesso articolo non può essere applicato in caso di negligenza. C. SCHWARZENEGGER, *Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben*, Besondere Bestimmungen, in M.A. NIGGLI (a cura di), *Balser Kommentar*, Strafgesetzbuch II, articolo 111-401 StGB, Wiprächtiger H., Basilea, 2003, p. 64. I problemi che si pongono riguardo al suicidio assistito riguardano anche la capacità di agire della persona che vuole commettere tale atto. Se la persona non ha la capacità di agire, così come disposto dall'articolo 16 CCS, la sua richiesta di commettere suicidio non può essere considerata valida. Assistere costui nel suicidio è un atto che non rientra tra quelli previsti dall'articolo 115 cps. Rientrerà invece all'interno delle fattispecie previste dagli articoli 111, 112 o 113 cps. Al contrario, se la persona ha la capacità di agire, il problema che sorge riguarda il compimento dell'atto che pone fine alla vita. Se questo è portato a termine dalla vittima stessa, l'articolo 115 è applicabile e la persona che assiste non può essere penalmente responsabile, in mancanza di motivi egoistici. J. REHBERG, N. SCHIMD, *Delikte gegen den Einzelnen*, in *Strafrecht III*, Zurigo, 1997⁷, p. 14 e ss.; M. SCHUBARTH, *Art. 115 CP.*, in *Kommentar*, cit., nota 36 e ss. Ed è proprio in tale contesto che sorgono le organizzazioni di aiuto al suicidio, come EXIT e DIGNITAS. È infatti, il motivo egoistico ad essere alla base dell'articolo in esame; è la condizione necessaria per la sua applicabilità. La dottrina è concorde nel ritenere che quando si parla di "motivo egoistico" non si vuole solo fare riferimento al vantaggio patrimoniale che l'autore dell'atto può trarre dal suo comportamento, ma anche a sentimenti di odio e vendetta. Tuttavia non sempre appare evidente o semplice analizzare i sentimenti di una persona e, "se l'assistenza al suicidio appare come un atto da reprimere in presenza di un motivo egoistico evidente, l'incitazione dovrebbe essere oggetto di una repressione più severa, essendo molto più pericolosa sul piano sociale". A. PEDRAZZINI, *L'euthanasie. De l'avortement eugénique à la prolongation artificielle de la vie*, cit., p. 133. Vi è chi ha rilevato che la formulazione dell'articolo 115 crea profondi problemi non solo dal punto di vista legale, ma soprattutto di ordine pratico ed etico. Per C. FOPPA, *Svizzera: il tabù della morte tra suicidio assistito ed eutanasia*, in «Bioetica Rivista interdisciplinare», XII, dicembre 2004, p. 589, la questione del suicidio assistito difficilmente

i conti con la concreta possibilità del verificarsi dell'evento letale e avendo deciso comunque di agire finendo col consentire all'evento stesso, non mirava a perseguire vantaggi personali, sia di natura materiale (per esempio un'eredità), sia di natura ideale o affettiva (per esempio odio o vendetta)⁴⁰.

La diffusa presenza nel paese di associazioni di assistenza al suicidio, quali *exit* e *dignitas*, non solo trova giustificazione nel fatto che certamente il problema dell'applicabilità dell'eutanasia sia passiva che attiva nei confronti di soggetti malati terminali è fortemente sentito, come dimostra anche l'attenzione e l'attualità del dibattito nella società svizzera⁴¹, ma, come abbiamo visto, essa risulta anche essere accettata e consentita dallo stesso ordinamento elvetico. Se si considera infatti l'amplissimo margine d'azione e di operatività che la norma pe-

si concilierebbe con il Codice di deontologia medica. La professione medica ha come principale obiettivo l'assistenza dei pazienti, l'alleviamento delle loro sofferenze e, in generale, la tutela della loro vita. Ma spesso medici e infermieri si trovano di fronte a situazioni di "confine" tra la vita e la morte dei loro pazienti e questi casi creano difficoltà di gestione. Come vedremo più approfonditamente nel capitolo seguente in base alle direttive dell'Assm, il suicidio non fa parte dell'attività medica, ma il medico può scegliere liberamente di prestare assistenza al suicidio, senza dover incorrere in alcuna sanzione. L'articolo 3 del Codice deontologico della FMH afferma, infatti, che: "Il medico rifiuta qualsiasi atto medico o presa di posizione incompatibile con la sua coscienza". Nella pratica si è però di fronte a realtà ben diverse. Molti medici si oppongono alla morte assistita e numerosi ospedali escludono la possibilità per i pazienti di trovare un "aiuto" nelle loro strutture. S.A. HURST, A. MAURON, *Assisted suicide and euthanasia in Switzerland: allowing a role for non-physicians*, in «BMJ», 326, February 2003, pp. 271-273. Il luogo in cui avviene il suicidio assistito ha notevole importanza: se, infatti, da una parte vi sono le strutture ospedaliere che non sempre accettano di rendere lecita la pratica del suicidio assistito nei loro locali, dall'altra vi sono i domicili o altri luoghi privati in cui l'atto può essere portato a termine senza alcun ostacolo.

⁴⁰ Tra il 1960 e il 1998, sono state pronunciate solo otto condanne per istigazione e aiuto al suicidio, di cui cinque tra il 1991 e il 1993. G. BOSSHARD, E. ULRICH e W. BÄR, *748 case of suicide assisted by a Swiss right to die organization*, in «Swiss Medical Weekly», 133, 2003, pp. 310-317.

⁴¹ Nel 2000, la città di Zurigo ha adottato un regolamento relativo all'assistenza al suicidio negli istituti sanitari di diritto pubblico o finanziate pubblicamente. Le persone anziane residenti in tali strutture, una volta verificata la capacità di discernimento di intendere e di volere e l'attuazione dei trattamenti necessari, hanno il diritto di ricevere assistenza da organizzazioni di aiuto al suicidio. Recentemente anche la città di Berna ha adottato un regolamento simile a quello di Zurigo, facendo però riferimento esclusivamente a istituti per persone

nale lascia riguardo all'istigazione e aiuto al suicidio, ben si può capire come mai a tutti, e quindi a maggior ragione ad associazioni di privati, sia lasciata la possibilità e libertà di offrire i propri servizi nell'ambito di un suicidio. Il fatto che l'interessato ricorra all'aiuto di un'associazione di persone a lui sconosciute sembra essere la migliore garanzia che esse non siano motivate da interessi personali o egoistici. D'altra parte la partecipazione ad una azione legale non può essere punita.

Si ritiene comunque che questa concezione personalistica sulla quale poggia l'intero ordinamento giuridico svizzero, se da una parte difende l'autonomia e l'operare dei suoi cittadini, purché non vengano messi in atto comportamenti tali da recare danno ai diritti dei terzi, dall'altra necessita di un maggiore controllo da parte dello stesso Stato in quanto lo spazio lasciato all'autodisciplina dei privati diviene decisamente eccessivo. Questo problema è da tempo avvertito nella società svizzera tanto che nel 1993 è stata presentata una

anziane. Sul punto si veda per una documentazione: A. LEUBA, C. TRITTEN, *Petit état des lieux des droits de la personne face à la mort en Suisse*, Dossier, http://www.snm.ch/prive/snmnews/41_mars2004/41_snmnews_dossier.pdf, 24 novembre 2005. In base al parere n. 9/2004 "Assistenza al suicidio", espresso dalla Commissione nazionale d'etica per la medicina, l'assistenza al suicidio può essere estesa anche a persone non residenti nel territorio svizzero, poiché non vi sono ragioni di ordine etico che possano impedirlo. Come per i residenti in Svizzera, anche per gli stranieri si devono accertare le tre condizioni previste dall'ASSM così come la capacità di intendere e di volere. L'associazione svizzera di assistenza al suicidio DIGNITAS afferma a tal proposito, così come riportato nell'opuscolo informativo che viene spedito a chiunque ne faccia richiesta, che "gli affiliati residenti all'estero, possono venire assistiti durante il trapasso in Svizzera a condizione che in precedenza si instauri un dialogo di intensità adeguata tra l'affiliato e i suoi familiari, da un lato, e chi si occupa di accompagnarlo alla morte volontaria, dall'altro". La questione dell'assistenza alla morte, non può essere risolta solo da un punto di vista medico. È necessario che la situazione giuridica attuale venga integrata e in alcuni casi rivista. È necessario, che vi sia "una chiarificazione sia etica che legale sul ruolo dei medici e sulla loro responsabilità nell'assistenza al suicidio". G. BOSSHARD, *Assisted suicide and euthanasia in Switzerland: Doctors occupy special position*, in «BMJ», 327, July 2003, pp. 51-52. Recentemente si è consentito di ricorrere all'aiuto al suicidio all'interno dell'ospedale cantonale di Losanna (Cantone di Vaudois). M. NUMA, *L'ospedale dei suicidi*, in «La Stampa», 12 gennaio 2006, 1, 13. A seguito di una decisione del Consiglio di Stato ginevrino, gli Ospedali universitari di Ginevra (Hug) hanno adottato il 14 settembre 2006 un'analoga decisione e pertanto va estendendosi la possibilità per associazioni quali EXIT di intervenire all'interno di strutture ospedaliere pubbliche.

proposta finalizzata a introdurre nel Codice penale l'articolo 115 bis, intitolato "Interruzione non punibile della vita"⁴².

La dottrina elvetica a proposito dell'articolo 114 cps⁴³, riguardante la fattispecie di omicidio su richiesta della vittima, che sancisce che "chiunque, per motivi onorevoli, segnatamente per pietà, cagiona la morte di una persona a sua seria e insistente richiesta, è punito con la detenzione"⁴⁴, si è interrogata ripetutamente sulla natura del consenso e sulle procedure con le quali si persegue quello che viene definito un accordo di volontà.

⁴² Il testo dell'articolo 115 bis proposto era il seguente: "Il n'y a pas de meurtre au sens de l'article 114, ni assistance au suicide au sens de l'article 115 lorsque sont cumulativement remplies les conditions suivantes: 1. La mort a été donnée à une personne sur la demande sérieuse et instante de celle-ci. 2. La personne défunte était atteinte d'une maladie incurable ayant pris un tour irréversible avec un pronostic fatal lui occasionnant une souffrance physique ou psychique intolérable. 3. Deux médecins diplômés et indépendants tant l'un envers l'autre qu'à l'égard du patient ont tous deux préalablement certifié que les conditions fixées au chiffre 2 sont remplies. 4. L'autorité médicale compétente s'est assurée que le patient a été convenablement renseigné, qu'il est capable de discernement et qu'il a réitéré sa demande. 5. L'assistance au décès doit être pratiquée par un médecin titulaire du diplôme fédéral que le demandeur aura choisi lui-même parmi ses médecins". L'estensore di questa regolamentazione si è certamente ispirato al legislatore olandese e ciò prova ancora una volta che il fenomeno che abbiamo definito come "circolarità del diritto" fornisce la soluzione elaborata in un contesto giuridico e sociale ad altri ordinamenti apparentemente lontani. Cfr.: F. BOTTI, *Eutanasia: necessità e attualità di un dibattito*, in «Quad. Cost.», 1, 2003, p. 164 e ss.; O. HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale*, Edizioni di Comunità, Torino, 2001.

⁴³ Le origini della formulazione contenuta nell'articolo 114 cps, risalgono a codificazioni precedenti, quali: il Codice penale friburghese del 1874, quello di Neuchâtel del 1889, quello di Bale del 1873, quello d'Appenzell R. int. del 1899, articolo 71, e dal Codice penale tessinese del 1873. Per i testi di questi articoli si veda: G. STROSS, *Codes pénaux suisses*, Baie et Genève, 1890, pp. 620-623.

⁴⁴ L'articolo in questione è relativo al caso di omicidio volontario attenuato e prevede una pena di detenzione minima di tre giorni e una massima di tre anni. L'eutanasia attiva diretta rientra nella fattispecie prevista dall'articolo 114. Ma la norma in esame non è stata pensata esplicitamente per questo caso: non vi è, infatti, alcun riferimento allo stato di salute della vittima, alla sua malattia incurabile o alle sofferenze fisiche o mentali intollerabili. J. SOBEL, *Outline of the campaign to decriminalise active euthanasia in Switzerland*, EXIT A.D.M.D., Suisse Romande, www.exit-geneve.ch, 22 nov. 2005.

Ciò che rileva non è il fatto in se stesso, ma il motivo per cui l'omicidio viene commesso. Affinché l'articolo 114 possa essere applicato, è necessario che la vittima abbia preso l'iniziativa. Non è infatti sufficiente che presti il proprio consenso,

È per questo motivo che tale articolo è stato letto nel combinato disposto dell'articolo 111 cps: "Chiunque intenzionalmente uccide una persona è punito con la reclusione non inferiore a cinque anni, in quanto non ricorrano le condizioni previste negli articoli seguenti"⁴⁵.

La dottrina si è poi chiesta come la domanda di morte debba essere formulata. Se cioè sia necessario che la persona sia cosciente al momento della formulazione della domanda o se piuttosto non si possa o intenda dare esecuzione ad una richiesta formulata per iscritto anteriormente, anche perché la volontà espressa oralmente è più soggetta a cambiamenti e interpretazioni.

ma è indispensabile la sua insistente e seria richiesta. Per poter stabilire se tale è la richiesta della vittima, si deve tenere conto delle circostanze in cui la domanda è sorta. Si veda P. LOGOZ, *Infraction contre la vie et l'intégrité corporelle, contre le patrimoine, contre l'honneur, contre la liberté, contre les mœurs*, in *Commentaire du Code Pénal Suisse*, Partie spéciale I, Neuchâtel, 1955, p. 20. Sul punto, da ultimi: M.O. BAUMGARTEN, *The right to die? Rechtliche Probleme im Sterben und Tod*, Bâle, 1995; A. DONATSCH, *Die strafrechtlichen Grenzen der Sterbehilfe*, Recht, 2000, 141 e ss.; Y. HANGARTNER, *Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe: eine grundrechtliche Standortbestimmung*, Schulthess Juristische Medien, Zurigo, 2000; L. MINELLI, *Das Recht auf den eigenen Tod*, in «RSJ», 1999, p. 575 e ss.; N. QUELOZ, *Euthanasie, assistance au décès, droit de mourir dans la dignité: un défi que nos sociétés doivent relever: quelques développements relatifs à la Suisse*, in *Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique*, 1998, p. 140 e ss.; A.M. ZIMMERMANN, *Das niederländische Modell: ein richtungsweisendes Konzept?*, in A. HOLDEREGGER (a cura di), *Das medizinisch assistierte Sterben. Zur Sterbehilfe aus medizinischer, ethischer, juristischer und theologischer Sicht*, Universitäts-Verlag Freiburg i. Ue/Verlag Herder, Freiburg, 1999, p. 351 e ss.

⁴⁵ Ciò significa che, se una delle condizioni previste dagli articoli da 112 a 116 si verifica, l'articolo 111 "Chiunque intenzionalmente uccide una persona è punito con la reclusione non inferiore a cinque anni, in quanto non ricorrano le condizioni previste negli articoli seguenti" non può essere applicato. L'articolo in questione funge quindi da norma base per gli articoli che seguono. Vengono, infatti, previsti due casi:

- Aggravante. È previsto dall'articolo 112 che disciplina l'assassinio, considerato omicidio intenzionale aggravato;
- Attenuante. È previsto dagli articoli 113, 114, 115, 116 che rispettivamente disciplinano l'omicidio passionale, l'omicidio su richiesta della vittima, l'incitazione al suicidio e l'infanticidio, considerati omicidi intenzionali attenuati.

Come sottolineato precedentemente, la normativa svizzera non disciplina la questione dell'eutanasia in modo diretto. Gli articoli 114 e 115 del Codice penale svizzero, sono le norme centrali per affrontare questo argomento. P. LOGOZ, *Infraction contre la vie et l'intégrité corporelle, contre le patrimoine, contre l'honneur, contre la liberté, contre les mœurs*, in *Commentaire du Code Pénal Suisse*, cit., pp. 12-17.

Il legislatore svizzero esige che la domanda della vittima sia “*instante et sérieuse*”. Questi due termini sembrano trasmettere una sola idea: la legge esige che l'agente consideri la domanda frutto di un ragionamento, di una riflessione che non risponde all'impulso di un momento. La domanda deve essere presentata, ma non necessariamente ripetuta. Il qualificativo “*istante*” è interpretato come significante della volontà del richiedente di essere soppresso nel momento in cui ne ha bisogno. Sarà cura dell'agente provare il carattere *instante et sérieuse* della domanda della vittima e la sua posizione sarà di estrema difficoltà, soprattutto quando si dovesse dimostrare che egli non ha riconosciuto queste caratteristiche nella domanda della vittima; dunque sarà difficile l'applicazione dell'articolo 114 in quei casi in cui colui che darà la morte non avrà valutato seriamente le parole della vittima. Se si dà alla parola *sérieuse* il senso menzionato crediamo di potere escludere che l'omicidio perpetrato da un tale agente possa essere considerato come una morte su richiesta della vittima.

Viene da chiedersi chi possa validamente formulare una domanda ai sensi dell'articolo 114 cps e quale ruolo giochi la capacità limitata o l'incapacità del soggetto nel quadro di questa disposizione legale. Sul punto si sono interrogati la giurisprudenza svizzera⁴⁶ e lo stesso legislatore, tanto che nel 1994 l'articolo in esame fu oggetto di discussione in seguito ad una mozione presentata dal Consigliere Federale Victor Ruffy⁴⁷.

Allo stesso tempo il diritto alla vita vincola lo Stato alla sua protezione, impedendo l'intervento di terzi e assicurando che la decisio-

⁴⁶ Sull'articolo 114 del Codice penale svizzero, cfr. C. SCHWARZENEGGER, *Strafbare Handlungen*, cit., pp. 57-63; N. QUELOZ, *Euthanasie, assistance au décès, droit de mourir dans la dignité*, cit.; M.O. BAUMGARTEN, *The right to die?*, cit.; S. DISCH, *L'homicide intentionnel, étude des art. 111, 112, 113, 114 et 116 CPS*, thèse, Université de Lausanne, 1998; U.P. HAEMMERLI, *Le problème de l'euthanasie*, in «Revue internationale de criminologie et de police technique», 1975, p. 33 e ss.

⁴⁷ La mozione, dal titolo *Morte assistita. Completamento al Codice penale svizzero*, aveva l'intento di depenalizzare l'eutanasia attiva diretta e dare la possibilità alle persone affette da malattie incurabili, di prendere attivamente parte ad azioni finalizzate a concludere la vita in maniera dignitosa. A seguito di tale mozione, il Dipartimento federale di giustizia e polizia istituì un gruppo di lavoro denominato “Eutanasia”, composto di quattordici esperti in medicina, etica e diritto per analizzare in modo dettagliato i quesiti posti. Nell'aprile 1999 il gruppo presentò il resoconto al Consiglio Federale. Il gruppo di lavoro sottolineò innanzitutto

ne presa dal paziente sia l'espressione effettiva della sua volontà⁴⁸. La volontà può essere, in alcuni casi presunta. Ciò accade quando il paziente non sia in grado di esprimere il suo volere, ma abbia, ad

l'intangibilità della vita umana, così come stabilito dal Codice penale svizzero. La maggioranza del gruppo ritenne però che la stessa protezione della vita, in alcuni casi eccezionali, si potesse trasformare in un peso intollerabile per colui che beneficiava di tale protezione. In tali casi, quindi, si volle giungere alla previsione di un'esenzione della pena per la persona che avrebbe posto attivamente termine alla vita di un altro individuo. La maggioranza della Commissione propose l'introduzione di un secondo comma all'articolo 114 del seguente tenore: "Se l'autore ha causato la morte di una persona affetta da una malattia incurabile in fase terminale, e questo con l'intento di porre fine alle sue intollerabili e irrimediabili sofferenze, l'autorità competente deve rinunciare al perseguimento penale, al rinvio dinanzi il tribunale o alla condanna dell'autore". Secondo la nuova formulazione dell'articolo, l'omicidio su richiesta della vittima sarebbe stato sempre ritenuto illecito e punibile, ma, in base al secondo comma, se si fossero verificate le condizioni previste (incurabilità della malattia, sofferenze intollerabili e impossibilità ad alleviarle), l'agente avrebbe potuto godere di una serie di cause di non punibilità. È interessante inoltre notare che l'articolo 114 comma 2 si sarebbe riferito in modo generale all'"autore dell'atto", senza alcuno specifico riferimento alla professione da questi svolta. La maggioranza del gruppo di lavoro non volle, infatti, riservare unicamente agli esercenti la professione medica le cause di non punibilità, ma estenderle anche alle persone e ai famigliari vicini al malato. La minoranza del gruppo di lavoro non fu d'accordo con il parere espresso dalla maggioranza circa la regolamentazione dell'eutanasia attiva diretta, ma l'intero gruppo si trovò in pieno accordo nel pronunciare alcuni pareri. In primo luogo si suggerì di sviluppare le cure palliative, molto spesso sottovalutate e poco conosciute, al fine di migliorare la qualità di vita del paziente; in secondo luogo la Commissione sottolineò la necessità di un'espressa previsione legislativa riguardo all'eutanasia passiva e l'eutanasia attiva indiretta al fine di pervenire alla loro non punibilità. Infine il parere della Commissione fu unanime nel ritenere illecita l'eutanasia attiva diretta. A seguito del rapporto del gruppo di lavoro, nel luglio 2000, il Consiglio Federale, vista l'importanza della questione, decise di rinviare il dibattito sull'eutanasia davanti al Parlamento Federale sostenendo la necessità di regolare in modo esplicito l'eutanasia passiva e l'eutanasia attiva indiretta. Al contrario, il Consiglio respinse l'idea di poter depenalizzare i casi di eutanasia attiva diretta, così come previsti dal postulato Ruffy rilevando che: "anche se formulata in maniera assai restrittiva, una deroga alla punibilità dell'eutanasia attiva diretta equivarrebbe ad un allentamento del divieto di uccidere e costituirebbe una rottura con un tabù profondamente radicato nella nostra cultura cristiana". Cfr. Rapporto del Consiglio Federale a seguito del postulato Ruffy, *Morte assistita. Completamento del Codice penale Svizzero*, 3 luglio 2000, *passim*.

⁴⁸ La capacità di comprendere le informazioni relative alle decisioni da prendere, quella di valutare correttamente una situazione e le conseguenze derivanti dalle diverse scelte sono criteri in base ai quali si può determinare la capacità di intendere e di volere del paziente. Essa deve essere rapportata ad un atto determinato e deve esistere nel momento in cui viene presa la decisione. J.P. MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz, in Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK*, Stämpfli, Bern, 1999, p. 59 e ss.

esempio, redatto direttive anticipate, nominato un rappresentante o espresso chiaramente la sua volontà ai familiari, come vedremo più dettagliatamente nel paragrafo che segue⁴⁹. Il necessario punto di riferimento a riguardo è costituito dalle Direttive emanate dall'Accademia Svizzera delle Scienze Mediche (ASSM) che nei Cantoni di Basilea città, Basilea campagna, Lucerna, Nidvaldo, San Gallo e Zurigo vengono considerate come fonte di diritto in materia di eutanasia e suicidio assistito, mentre in altri Cantoni come, ad esempio, in quello di Zurigo la violazione delle disposizioni contenute in queste Direttive viene penalmente sanzionata⁵⁰. È perciò necessario soffermarsi sulla natura giuridica di queste disposizioni.

4. *Eutanasia e cittadinanza: il diritto ad una morte dignitosa come diritto della persona*

Per comprendere appieno le scelte dell'ordinamento svizzero in materia di eutanasia che abbiamo appena illustrato, occorre sviluppare una approfondita riflessione sulla struttura e la filosofia organizzativa e costitutiva del sistema sanitario svizzero, collocato all'interno di una struttura federale che si caratterizza – come si è detto – per l'attribuzione delle competenze in questa delicata materia ai Cantoni, alla loro Costituzione, al loro sistema giuridico e sociale⁵¹.

⁴⁹ Il paziente ha quindi facoltà di scelta: può decidere, ad esempio, di rinunciare all'impiego di macchine o può decidere di assumere medicine per alleviare il dolore aumentando il rischio di ridurre la durata della propria vita. Directives médicale-éthiques de l'ASSM, *Prise en charge des patients et patients en fin de vie*, 2004, par. 2.2.1.

⁵⁰ A. ESER, H.G. KOCHK, *Materialien zum Sterbehilfe. Eine internationale Dokumentation. Beiträge und Materialien aus dem Max Planck Institut für internationales strafrecht*, Band 25, Freiburg, 1999, 600.

⁵¹ Si veda a riguardo l'articolo 3 della Costituzione, le cui norme vanno lette nel combinato disposto con le Costituzioni cantonali che fanno sì che la tutela e le garanzie stabilite dalla Costituzione Federale vengano poi assicurate in misura e con modalità diverse sul territorio. Non va dimenticato che una caratteristica degli ordinamenti federali è quella di mettere fortemente in crisi l'applicazione del principio di uguaglianza in modo uniforme sul territorio dello Stato. S. CECCANTI, *I diritti fondamentali nella nuova Costituzione svizzera: una tranquilla ratifica*, cit., p. 51 e ss.

Non esistendo un servizio sanitario pubblico nazionale ed essendo rilevante la presenza di strutture sanitarie private⁵², il costo dell'assistenza sanitaria ricade nella misura di quasi il 50% direttamente sul cittadino. Ben si comprende, quindi, come l'ordinamento lasci di buon grado all'autodisciplina del privato la gestione dell'organizzazione delle fasi terminali della vita nonché delle modalità della morte. Questa impostazione solleva le autorità cantonali competenti *ratione materiae* per quanto riguarda la salute dall'obbligo di organizzare un servizio di cure palliative⁵³ e pertanto l'individuo viene coerentemente lasciato gestire da so-

⁵² La maggior parte degli economisti riconosce le insufficienze di un sistema di libero mercato nel settore sanitario e giustifica un intervento pubblico in questo settore soprattutto in termini di efficienza ed equità, ritenendo che:

- il servizio sanitario presenta le caratteristiche di un bene meritorio, cioè di un bene (servizio) il cui consumo, ritenuto particolarmente desiderabile e meritevole dalla collettività, non dovrebbe essere condizionato dalla capacità finanziaria del singolo individuo;

- i pazienti consumatori non sono in grado di giudicare né il proprio fabbisogno (che dipende da un apprezzamento medico relativo allo stato di salute – la diagnosi) né l'appropriatezza e la qualità delle prestazioni erogate. L'asimmetria delle informazioni tra pazienti, medici ed ente finanziatore rende fragile la sovranità del consumatore e pone seri problemi alla creazione di un sistema di libera concorrenza, in cui i prezzi siano definiti dal mercato, sia per i servizi sanitari che per l'assistenza malattia;

- la concorrenza tra ospedali e operatori sanitari è decisamente limitata, soprattutto nelle aree non urbane, dove di fatto manca la possibilità di scegliere tra molteplici alternative, tipica di un mercato concorrenziale;

- un sistema di libero mercato potrebbe non essere in grado di garantire a tutta la popolazione un livello omogeneo di assistenza sanitaria.

Il servizio sanitario, poiché ha come oggetto un bene collettivo e fondamentale come il diritto alla salute, dovrebbe essere considerato un bene pubblico e, in quanto tale, finanziariamente sostenuto da parte dello Stato. Cfr. J.E. STIGLITZ, *The contribution of the economics of information to twentieth century economics*, in «Quarterly Journal of Economics», novembre, pp. 1441-1478.

⁵³ La struttura federalista della Svizzera consente all'interno del territorio elvetico l'esistenza di ben ventisei sistemi sanitari diversi, ponendo così limiti strutturali molto evidenti allo sviluppo omogeneo delle cure palliative allo stesso livello. Infatti in questo settore vi è una forte disomogeneità tra i diversi Cantoni, tanto più che tale servizio è affidato completamente ai privati e in particolare è gestito dalla Società Svizzera di Medicina e Cure Palliative, la cui sezione svizzera si è costituita nel 1988, mentre la denominazione attuale risale al 1995 e discende dalla scelta di numerosi medici e infermieri di prestare la loro opera per l'associazione. Sul punto: A. ANCHISI, *Projet de réseau de soins palliatifs dans la région socio-sanitaire de*

lo e in prima persona le fasi terminali della propria vita. Per tale motivo si è a lungo sostenuto che l'eutanasia non può avvenire in una struttura pubblica di ricovero, ma può liberamente attuarsi nel privato, alla sola condizione che vengano rispettate alcune clausole ben sintetizzate negli statuti di associazioni private nate allo scopo di provvedere a queste esigenze. Siamo di fronte alla piena attuazione di un sistema individualistico di valori che riconosce una sfera personalissima nella quale la solidarietà e il ruolo delle istituzioni scompaiono.

Il Parlamento Federale piuttosto che emanare norme di legge relative all'eutanasia ha scelto di fare rinvio alle Direttive dell'ASSM⁵⁴, nella convinzione che fosse compito di una struttu-

Sion, Hérens, Conthey: critiques et enjeux, Université de Genève, Département de sociologie, Genève, 2001; J.M. DESCHENAUX, *Accompagner la vie jusqu'à la mort, soins palliatifs, accompagnement, deuil, informations pratiques à Genève*, Association genevoise de Médecine et de Soins Palliatifs et Ligue Genevois Contre le Cancer-Pro Senectute, Genève, 2004, 2^e éd. réactualisée et complétée; A. GADRI, *Donner naissance à la mort: l'expérience du mourir dans une maison de soins palliatifs en Suisse*, Villeneuve, Rive-Neuve, Le Mont sur Lausanne, 2002; N. PERRENOUD, *Les soins palliatifs et l'accompagnement de personnes en fin de vie dans le canton de Genève*, Institut d'études sociales-ESTS, Genève, 1998; F. PORCHET, *Formation en soins palliatifs. Entre aspirations personnelles et compétences professionnelles, le regard des participants à quelques formations de Suisse romande*, Institut universitaire Kurt Bösch, Antenne François-Xavier Bagnoud, Sion, 1999; D. RENARD, C. CHERIF, B. SANTOS-EGGIMANN, *Organisation des soins palliatifs dans le canton de Vaud: rapport au Service de la santé publique du canton de Vaud et à la Direction du Service des hospices cantonaux*, Hospices cantonaux DUMSC, Institut universitaire de médecine sociale et préventive, Lausanne, 2001; E. RIVIER, *Les soins palliatifs: une approche vaudoise. Comparaison des pratiques de deux établissements*, Centre interfacultaire de gérontologie, Institutions universitaires de gériatrie de Genève Université de Genève, Genève, 1994; M. von Wyss, *A la recherche de l'organisation qualifiante en soins palliatifs: le centre de soins palliatifs la Chrysalide à La Chaux-de-Fonds*, Institut universitaire Kurt Bösch-Association François Xavier Bagnoud, Sion, 1999.

⁵⁴ Analogo fenomeno si verificò nel 1984 in Olanda dove la RdMA-KNMG stabilì le linee guida che i medici avrebbero dovuto seguire per praticare l'eutanasia senza il rischio di venir accusati di omicidio del consenziente *ex* articolo 293 cp., o aiuto al suicidio *ex* articolo 294 cp. Tali linee guida furono solo in seguito adottate dal Ministero della Giustizia che in questo modo ufficializzò l'applicabilità dei criteri che anche la giurisprudenza aveva fatto suoi e che aveva applicato nel caso Schoonheim. Cfr. J. GRIFFITHS, A. BOOD e H. WEYERS, *Euthanasia & the Law in the Netherlands*, cit., pp. 322-328. Questi criteri modificavano sottilmente i cinque punti che erano stati oggetto della perizia medica richiesta dai giudici per il caso Postma van Boven,

ra di esperti pronunciarsi su questa controversa materia, quasi a riprodurre l'affidarsi del giudice al perito nella valutazione di una determinata situazione, in ragione del possesso di scienza e conoscenza.

Siamo di fronte alla coerente applicazione del principio di sussidiarietà – tratto caratteristico dei sistemi federali – che in questo caso ripercorre antiche strade del diritto, quando in epoca precodificata era compito delle corporazioni professionali normare su alcune materie. La differenza rispetto al passato risiede soprattutto nel fatto che l'ente incaricato di dettare la disciplina non sfugge ai controlli pubblici, in quanto deve possedere caratteristiche ben determinate di trasparenza nelle procedure che lo governano, di imparzialità, in stretta relazione con i diritti finali dei soggetti che subiscono gli effetti delle sue decisioni e delle sue scelte. L'attribuzione della competenza in una così delicata materia, che incide fortemente sul catalogo dei diritti della persona, non può significare una totale esclusione dei diritti e degli strumenti di difesa del cittadino e pertanto l'ente "delegato" deve possedere caratteristiche e deve rispondere a parametri di evidenza pubblica, in modo da assicurare imparzialità, neu-

si veda: R. COHEN-ALMAGOR, *Eutanasia in the Netherlands. The Policy and the Practice of Mercy Killing*, Kluwer Academic Publishers, Den Hag, 2004; S. VINCIGUERRA, A. RICCI ASCOLI, *Il diritto giurisprudenziale olandese in tema di eutanasia attiva e suicidio assistito*, in G. FIANDACA (a cura di), *Sistema penale in transazione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Cedam, Padova, 1997, p. 89 e ss. È infatti necessario secondo il protocollo KNMG che: la richiesta del paziente sia volontaria, cosciente e perdurante, la richiesta del paziente sia informata (basata su conoscenze complete); che la situazione del paziente sia di insopportabile e disperata sofferenza e che l'eutanasia sia l'unico rimedio attuabile; e che infine il medico abbia consultato un altro medico prima di praticare l'eutanasia. Nel discutere il protocollo con il Ministro della Sanità la KNMG aveva convenuto che il medico, dopo aver scrupolosamente osservato i cinque punti del protocollo avrebbe dovuto stilare un certificato che segnalasse la "morte non naturale" del paziente, completato dalla richiesta di eutanasia, da un certificato attestante l'avvenuta consultazione di un altro medico e una descrizione delle modalità di attuazione dell'eutanasia. La relazione avrebbe dovuto essere presentata al pubblico ministero che aveva facoltà di scegliere se iniziare o meno l'azione penale. Per una ricostruzione completa ed esaustiva della giurisprudenza e della dottrina prima dell'approvazione della legge olandese del 1993, si veda G. CIMBALO, *La società olandese tra tutela dei diritti del malato, diritto all'eutanasia e crisi della solidarietà*, in «Q.D.P.E.», 1, 1994, *passim*.

tralità, autonomia e, soprattutto, il rispetto dei diritti di libertà dei soggetti destinatari delle norme così emanate⁵⁵.

Per raggiungere questo risultato l'ente al quale è stata demandata l'emanazione di norme suppletive – in questo caso l'ASSM – non può che ricorrere al pluralismo ideologico, in modo da individuare parametri generali di riferimento in grado di rispondere alle molteplici esigenze che vengono dalla società. Come vedremo, le norme emanate lasciano spazio alle diverse opzioni in tema di eutanasia, fornendo alle parti interessate lo spazio necessario per sviluppare scelte individuali, in una linea coerente con i principi personalistici che presiedono all'ordinamento elvetico e in risposta alle differenti scelte etiche dei destinatari delle norme, in ordine alle quali lo Stato rinuncia ad esercitare ogni influenza.

5. *I limiti all'attività normativa dello Stato: il ruolo dell'Accademia Svizzera delle Scienze Mediche (ASSM). Il Codice deontologico della Federazione Medica Elvetica (FMH) e la legislazione cantonale*

L'Accademia Svizzera delle Scienze Mediche (ASSM) venne fondata nel 1943 dalle cinque Facoltà di medicina e dalle due Facoltà di veterinaria presenti nel paese. Nel 1991 venne riconosciuta, in base all'articolo 5 della Legge sulla Ricerca, come "Istituto per la promozione della ricerca"⁵⁶.

⁵⁵ C. MARZUOLI, *Sussidiarietà e libertà*, in *Federalismo, regionalismo*, cit., pp. 178-182 in particolare; A. ALBANESE, C. MARZUOLI (a cura di), *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Il Mulino, Bologna, 2003; A. CORPACI (a cura di), *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, Bologna, 2003; P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Cedam, Padova, 2004; G. ARENA, *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare l'Italia*, Laterza, Roma-Bari, 2006; F. BOTTI, *Sulla natura giuridica dei protocolli di intesa*, cit., *passim*; G. CAIA, *Principi sull'erogazione dei servizi pubblici*, in G. ALPA, P. ZATTI, *Commentario breve al Codice civile. Leggi complementari*, Cedam, Padova, 1995², p. 205 e ss.

⁵⁶ L'ASSM ha beneficiato fin dalla sua fondazione del sostegno dell'industria farmaceutica svizzera. Ciò ha permesso la realizzazione di progetti importanti e di una notevole attività in ambito scientifico e di ricerca. Dal 1984 la Confederazione concede sovvenzioni regolari, utilizzando la legge sulla ricerca scientifica. Sulla storia della ASSM si veda: A. PLETSCHER, *Die SAMW an der Schwelle der 90er Jahre*, in *Jahresbericht der SAMW*, 1990; G. KREIS, *Wissenschaft zwischen Kooperation und Konkurrenz*, in *50esimo anniversario*, 1993, pp. 9-14 (e bibl. *ivi* citata); *50 Jahre Jubiläum*, in *Jahresbericht der SAMW*, 1993, pp. 69-107 (e bibl. *ivi* citata).

Nel 1969 l'Accademia ha pubblicato le sue prime Direttive sulla "Diagnosi e definizione della morte" e dieci anni più tardi ha istituito al suo interno il Comitato Etico Centrale con il compito di discutere i maggiori problemi etici posti oggi dallo sviluppo della ricerca in campo biomedico e di emanare direttive a tale riguardo.

Le prime direttive concernenti l'eutanasia furono da essa formulate nel 1976 e revisionate in modo totale nel 1995; venne così pubblicato il documento: *"Direttive medico-etiche sull'assistenza medica dei pazienti in fin di vita o gravemente sofferenti di disordini cerebrali estremi"*. Tale documento afferma che "l'assistenza al suicidio non è un'attività medica" e sancisce un principio fondamentale, quello secondo il quale il medico ha l'obbligo di assistere il paziente, alleviare la sua sofferenza e fare tutto il possibile per salvare la sua vita.

La nuova versione delle direttive, emanata nel 2004, fa esclusivamente riferimento ai pazienti in fin di vita. Lo scopo di queste direttive è quello di evidenziare i compiti, le possibilità e i limiti dell'assistenza ai pazienti che si trovano in questa situazione⁵⁷. Una novità delle Direttive del 2004 è il mutamento di posizione dell'ASSM riguardo l'assistenza al suicidio. Sebbene l'Accademia ribadisca che questa attività non rientra tra i doveri del medico, d'altra parte i suoi documenti fanno riferimento alla volontà del paziente, sottolineando quanto il rispetto di tale volontà sia fondamentale nel rapporto tra medico-paziente.

Al paragrafo 4.1 delle Direttive del 1995 si afferma che, di fronte ad una possibile richiesta del paziente di assistenza al suicidio, il medico ha il diritto di rifiutare di fornire il suo aiuto al suicidio, ma in casi particolari ed eccezionali, se acconsente a tale aiuto, ha l'obbligo di verificare la sussistenza di alcune condizioni:

- la malattia di cui soffre il paziente deve essere considerata letale e il paziente deve versare in condizioni di sviluppo della patologia irreversibile, al punto che si deve poter ritenere che la fine della vita sia vicina;
- i trattamenti alternativi devono essere stati proposti e, se voluti dal paziente, devono essere stati attuati;

⁵⁷ *Prise en charge des patients et patients en fin de vie. Directives médico-éthiques de l'ASSM, Préambule, 2004.*

– il paziente deve essere capace di intendere e di volere e la decisione di porre fine alla propria vita deve essere espressione della sua effettiva volontà⁵⁸.

È da sottolineare che in base alle Direttive dell'Accademia, il gesto che conduce alla morte deve essere compiuto dal paziente stesso e il processo decisionale che porta all'assistenza al suicidio o al suo rifiuto deve essere documentato. I decessi avvenuti in seguito a suicidio assistito devono essere, in base alle leggi sanitarie cantonali, dichiarati alle autorità come non naturali. Tali decessi vengono esaminati dall'autorità di polizia, ma vengono trattati allo stesso modo di ordinari suicidi, non essendoci in Svizzera un registro per la denuncia di casi di suicidio assistito⁵⁹.

Per quanto riguarda le cure palliative, l'ASSM ha stabilito che esse rappresentano un diritto per il paziente. La Società Svizzera di Medicina e Cure Palliative (SSMCP) ha preso posizione nel dibattito sull'eutanasia, evidenziando la necessità di rendere migliore la vita del paziente, soprattutto nello stadio terminale della malattia. "Le cure palliative comprendono tutti i trattamenti medici, le cure fisiche, il sostegno psicologico sociale e spirituale destinati ai malati sofferenti di un'affezione evolutiva inguaribile"⁶⁰.

La SSMCP ritiene fondamentale l'importanza dello sviluppo delle cure palliative per poterle estendere non solo ai malati tumorali, ma a chiunque ne faccia richiesta. In Svizzera esiste – come si è detto – una profonda disparità tra i diversi sistemi sanitari gestiti dai Cantoni; la complessità delle cure palliative richiederebbe una revisione e integrazione della politica sanitaria, difficile da attuare nella situazione attuale. Tuttavia Confederazione e

⁵⁸ <http://www.bag.admin.ch/gespol/suizidpraevention/f/suizidi.pdf>, 14 novembre 2005.

⁵⁹ G. OSSHARD, S. FISCHER, W. BÄR, *Open regulation and practice in assisted dying. How Switzerland compares with Netherlands and Oregon*, in www.smw.ch, 2002, p. 531.

⁶⁰ *Eutanasia. La posizione della Società Svizzera di Medicina e Cure Palliative*, www.palliative.ch; Société Suisse de Médecine et de Soins Palliatifs, *A la découverte de la médecine et des soins palliatifs: informations à l'attention des personnes malades, de leurs proches, des professionnels de la santé et des bénévoles*, éd. par Société Suisse de Médecine et de Soins Palliatifs (SSMSP), Lausanne, 2003⁴.

Cantoni hanno il compito di collaborare per raggiungere questo obiettivo: l'una inserendo le cure palliative nel corso degli studi di medici e infermieri e includendo le stesse nei programmi nazionali per la ricerca scientifica; gli altri trasformando le strutture sanitarie esistenti in modo da metterle in grado di erogare le cure palliative⁶¹.

Il Codice deontologico della Federazione Medici Svizzeri (FMH) non ha valore di legge, come invece accade, ad esempio, per il Codice di deontologia medica francese⁶²; tuttavia esso riveste un ruolo fondamentale per quel che riguarda la regolamentazione delle norme comportamentali dei medici in generale e il fenomeno eutanasico in particolare. Tanto che, a nostro avviso, può parlarsi di "procedimentalizzazione deontologica".

Il Codice, all'articolo 1, si apre con l'elencazione degli obiettivi specifici che si prefigge di conseguire, mentre all'articolo 2 definisce il compito del medico, che consiste nel "proteggere la vita dell'essere umano, di promuovere e mantenere la salute, guarire le malattie, alleviare le sofferenze e assistere i moribondi fino all'ultimo istante". Tale articolo, in maniera molto esplicita, vieta il ricorso all'eutanasia attiva, indipendentemente dall'esistenza della legislazione penale che se ne occupa. Nella parte III, all'articolo 4, laddove si delinea il comportamento che deve essere tenuto nei confronti del paziente, si evidenzia come "ogni trattamento medico deve svolgersi nel rispetto della dignità umana, tenendo conto della personalità del paziente, della sua volontà e dei suoi diritti. Nell'esercizio della sua professione, il medico non può approfittare dello stato di dipendenza del paziente; in particolare è vietato abusare di questa situazione sul piano emozionale, sessuale o materiale. Il medico cura tutti i suoi pazienti con la stessa diligenza indipendentemente da ogni considerazione personale. La posizione sociale del paziente, le sue convinzioni religiose

⁶¹ *Il Manifesto di Friburgo. Una strategia nazionale di sviluppo delle cure palliative in Svizzera*, www.palliative.ch, 3 aprile 2006.

⁶² Il Codice di deontologia medica in Francia è inserito nel *Code de la Santé Publique*. <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnCode?code=CSANPUBL.rcv>, 3 aprile 2006.

e politiche, l'appartenenza razziale e la sua situazione economica non devono incidere in alcun modo sulle prestazioni del medico"⁶³. Ritorna fortemente il concetto di dignità umana, rafforzato dal richiamo alla personalità, alla volontà e ai diritti dell'uomo. Richiamo che lascia aperta e autorizza la via delle direttive anticipate e dell'eutanasia passiva. Il diritto del paziente di ricevere informazioni sulla malattia e il suo decorso è disciplinato all'articolo 13 della Direttiva, salvo la possibilità di rifiuto, limitazione o sospensione da parte del medico nella misura in cui prevalgano interessi propri o di terzi.

La previsione e autorizzazione all'eutanasia passiva si ha all'articolo 17 della Direttiva, dove ci si occupa dell'assistenza medica di pazienti in fin di vita e gravemente lesi, purché vengano rispettate determinate condizioni che, se ben si nota, sono le stesse condizioni che vengono richieste da tutte le leggi che da tempo regolamentano il ricorso all'eutanasia passiva: fondatezza di una diagnosi fatale, presenza di dolori intollerabili, capacità di autodeterminazione e consenso all'interruzione della propria vita da parte del paziente. Dall'esplicito divieto all'accanimento terapeutico, laddove l'operare delle cure palliative non dia risultati effettivi e sia inefficace nell'alleviare il dolore provato, si arriva ad acconsentire l'eutanasia passiva e a dimostrare come, pur trattandosi di problematiche certamente complesse, l'autorizzazione a ricorrervi e la sensibilità nei confronti dell'essere umano sofferente sia realtà comune a tutti gli uomini, indipendentemente dalla collocazione territoriale. Pur attraverso percorsi differenti, la Svizzera si trova in perfetta sintonia con la tendenza seguita da tutti i paesi che già hanno affrontato, o stanno affrontando, l'ar-

⁶³ FOEDERATIO MEDICORUM HELVETICORUM, *Codice deontologico della FMH*, ultima revisione 26 giugno 2004, "art. 17 (Assistenza medica di pazienti in fin di vita e gravemente lesi): Se il rimandare una morte ineluttabile non fa altro che prolungare dei dolori insopportabili e qualora il paziente capace di [di intendere e di volere] abbia dato il suo consenso, il medico ha il diritto di rinunciare a misure di prolungamento della vita e di limitarsi ad alleviare la sofferenza. A queste condizioni, l'eutanasia passiva è autorizzata. Inconciliabile con l'etica medica rimane, invece, l'eutanasia attiva. Per il resto, il medico si attiene alle direttive dell'Accademia Svizzera delle Scienze Mediche".

gomento delle pratiche inerenti alla fine della vita⁶⁴, mentre ribadisce l'espresso divieto al ricorso all'eutanasia attiva⁶⁵. L'esplicito rinvio che l'articolo in esame fa alle direttive dell'ASSM, a cui si deve rifare il medico, sottolinea la peculiare impostazione del problema che caratterizza l'ordinamento svizzero. Sebbene il valore coercitivo del Codice in questione sia particolarmente sentito da tutti i membri della FMH e valga come solido punto di riferimento per l'insieme del corpo medico svizzero, la mancanza di conferimento del rango di legge lo rende fragile, soprattutto in un contesto federale e, nel caso in specie, in una situazione così disomogenea quale è quella svizzera. Più propriamente, in caso di eventuale contrasto, la legislazione federale e soprattutto le leggi sanitarie cantonali prendono il sopravvento e prevalgono sempre sull'articolato del Codice. Le associazioni mediche cantonali (ASMAC) hanno il compito di emanare disposizioni di chiarimento e di informare i loro membri in caso di contraddizioni tra il Codice deontologico e il diritto cantonale, con la possibilità di intervenire, emanando disposizioni complementari qualora il Codice stesso lo preveda. "A questo fine esse costituiscono un organo particolare (la c.d. Commissione di deontologia) con l'incarico di giudicare i casi di violazione"⁶⁶. Contro le decisioni della Com-

⁶⁴ Analizzando i comportamenti dei diversi ordinamenti rispetto all'eutanasia emerge – come abbiamo rilevato a più riprese – che la tendenza ad ampliare i casi di possibile eutanasia passiva è più forte, sia nell'elaborazione dottrinale che in quella legislativa, dove più diffuse sono le resistenze a introdurre una regolamentazione dell'eutanasia attiva. Emblematico in tal senso il caso italiano: F. MANTOVANI, *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1988, pp. 448-469; ID., voce *Eutanasia*, in *Digesto discipline penalistiche*, vol. IV, UTET, Torino, 1990, p. 425 e ss.; ID., *Diritto penale. Delitti contro la persona*, Cedam, Padova, 1995, p. 118 e ss.; L. STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in «IP», 2000, p. 477 e ss.; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 1997, p. 74; L. STORTONI, *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, L'Editore, Trento, 1992; L. CORNACCHIA, *Eutanasia. Il diritto penale di fronte alle scelte di fine vita*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, marzo 2002.

⁶⁵ FMH, *Codice deontologico*, cit.

⁶⁶ *Ibidem*, art. 43: "(Campo d'applicazione e competenze). Il Codice deontologico è vincolante per tutti i membri della FMH, salvo norme contrastanti con il

missione deontologica è possibile fare ricorso presso il Consiglio d'onore svizzero⁶⁷.

La possibilità che si verifichi una disomogeneità delle posizioni tra le diverse associazioni che operano sul territorio è accresciuta

diritto cantonale sanitario. "Le associazioni mediche cantonali informano i loro membri circa eventuali norme divergenti. Le ASMAC si impegnano a far rispettare ai loro membri il Codice deontologico. A questo fine, esse costituiscono un organo particolare (chiamato in seguito "commissione di deontologia") con l'incarico di giudicare i casi di violazione. Si può far ricorso contro le decisioni della commissione di deontologia presso il Consiglio d'onore svizzero. Le ASMAC emanano disposizioni circa: la composizione, la nomina e l'attività della commissione di deontologia; la procedura della commissione di deontologia; le eventuali istanze interne dell'associazione (associazioni distrettuali o di circolo). Il Comitato centrale emana, nel quadro degli statuti della FMH, un regolamento circa: la composizione, la nomina e l'attività del Consiglio d'onore svizzero. Relativamente alla procedura del Consiglio d'onore svizzero, il medico incolpato può esigere che la commissione di deontologia e il Consiglio d'onore svizzero siano composte da membri di ambedue i sessi. Le disposizioni generali di procedura del regolamento del Consiglio d'onore svizzero sono applicabili anche alla procedura davanti alla commissione di deontologia".

⁶⁷ *Ibidem*, articolo 43. Articolo 45 "(Denuncia d'infrazioni contro il Codice deontologico; qualità di parte): Le infrazioni del Codice deontologico possono essere denunciate sia dai membri che dai terzi. Il denunziante o altra persona può comparire come parte, quando ha un interesse legittimo all'esito della procedura ed è membro della FMH. I denunzianti arbitrari possono essere chiamati a pagare le spese di procedura e di parte". Articolo 46 "(Prescrizione) L'azione per infrazioni al Codice deontologico va in prescrizione 10 anni dopo il fatto. Qualora il paziente leso fosse minorenne al momento del fatto, la prescrizione decorre dal giorno in cui il paziente in questione raggiunge la maggiore età. Se il Codice penale prevede per l'atto incriminato un termine di prescrizione più lungo, sarà questo ad essere applicato". Articolo 47 "(Sanzioni) Possono essere applicate le seguenti sanzioni: a) ammonimento; b) multa fino a fr. 50.000; c) sospensione dalla qualità di membro per un periodo determinato; d) esclusione dall'associazione medica cantonale e dalla FMH; e) ritiro del titolo della FMH; f) pubblicazione nella rivista ufficiale dell'associazione medica cantonale, dell'ASMAC e della FMH; g) comunicazione alla direzione della salute pubblica e agli organi d'assicurazione malattia interessati; h) supervisione. Le singole sanzioni possono essere cumulate". Articolo 48 "(Esclusione del diritto di ricorso). Qualora la decisione preveda come sanzione l'ammonimento o una multa non superiore ai fr. 1000, o sia presa in rapporto al servizio d'urgenza, il ricorso al Consiglio d'onore svizzero può essere inoltrato esclusivamente in caso d'arbitrio o chiara lesione di diritti". Articolo 49 "(Procedura ufficiale in corso) Se nella fattispecie è aperta una procedura ufficiale d'ordine amministrativo o giudiziario, la procedura interna può essere sospesa o annullata. Sul punto si veda anche: Regolamento del Consiglio d'Onore Svizzero (CdOS), approvato il 12 giugno 1997 (che sostituisce il Regolamento del 18 dicembre 1980), ultima revisione del 3 luglio 2004, articolo 1 (competenza del CdOS): Il Consiglio d'Onore Svizzero ha la competenza di esaminare i ricorsi contro le decisioni delle commissioni deontologiche inerenti al Codice deontologico".

dall'esistenza di ben ventiquattro società cantonali di medicina riconosciute, quarantatrè Società di disciplina medica riconosciute e dodici organizzazioni mediche autorizzate a intervenire⁶⁸, su un territorio che conta 7,4 milioni di persone, di cui il 20% non cittadini⁶⁹, parte dei quali ha accesso al servizio sanitario. In questa situazione ben si comprende il ruolo gerarchicamente superiore riconosciuto al Codice deontologico. Infatti l'articolo 44 del Codice deontologico della FMH recita che, se "su una questione determinata non si trovi risposta né nel Codice deontologico né nelle disposizioni dell'ASMAC e neppure nel regolamento del consiglio d'onore svizzero, fanno stato le norme della Legge federale di procedura amministrativa"⁷⁰.

⁶⁸ Dati tratti da: FOEDERATIO MEDICORUM HELVETICORUM, *Status de la FMH*, du 24 juin 1998, bout révision 30 avril 2003, Annexe 1-3, pp. 20-22.

⁶⁹ Dati consultabili sul sito dell'Ufficio Federale Statistica: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/it/index.html>, 20 novembre 2005.

⁷⁰ Cfr. FMH, *Status de la FMH*, cit.



CAPITOLO III

AUTODISCIPLINA E MODALITÀ DI FINE VITA

1. *Le direttive della ASSM come leggi suppletive*

Come abbiamo visto, in assenza di una legislazione federale che sancisca in modo esplicito il diritto del malato a disporre in ordine alla fine della propria vita, le direttive dell'ASSM vengono considerate come delle “lois supplétives”¹. Queste disposizioni autorizzano e regolamentano l'astensione o l'interruzione dei trattamenti di sopravvivenza e riconoscono il valore giuridico delle direttive anticipate redatte dai pazienti. Questo particolare rilievo alle direttive anticipate è riconosciuto con valore obbligatorio e vincolante dalle leggi dei Cantoni della *Suisse romande*, in ragione della competenza regionale in materia di sanità pubblica. Da

¹ Quando il legislatore ritiene inopportuno un intervento legislativo, può creare una lacuna volontaria sulla legge (*intra legem*) che si concretizza nell'ordinamento giuridico attraverso l'utilizzazione di nozioni intenzionalmente vaghe, con un rinvio espresso al costume, alla pratica, agli usi. In tal modo, nel silenzio della legge, nell'assenza di altra disposizione che normi una determinata materia, si applica una regola emanata da un soggetto privato alla quale, per effetto del consenso sociale e con il favore dell'ordinamento, si attribuisce carattere normativo. Questo strumento, tipico del diritto comune, è direttamente collegato all'utilizzazione della *lex mercatoria*, in quanto entrano in gioco soggetti di natura privata che, nell'autonomia e con gli strumenti dei privati, producono regole aventi efficacia di norme cogenti. Questa tecnica giuridica, messa in evidenza nel diritto canonico al canone 20 del *Codex Juris Canonici* del 1983, si ritrova non solo nel diritto svizzero, ma è in uso, ad esempio, nell'ordinamento giuridico canadese. Sul punto si veda anche A. PADOA-SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003; P. GROSSI, *Un diritto senza Stato* (la nozione di autonomia come fondamento della Costituzione giuridica medievale), in «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 25, 1996; *Lois et règlements: l'essentiel*, Publ.en collaboration avec le ministère de la Justice Canada, Ottawa, 2001², in part. cap. 1.2.

ciò consegue che anche il disegno di legge attualmente in discussione sull'eutanasia passiva non potrà che essere fortemente condizionato dalle problematiche connesse alla vincolatività giuridica delle direttive anticipate e al ruolo da riconoscere ai “mandataires médicaux”².

Come abbiamo visto le prime direttive concernenti l'eutanasia furono formulate dall'ASSM nel 1976 e revisionate in modo totale nel 1995; venne così pubblicato il documento: “Direttive medico-etiche sull'assistenza medica dei pazienti in fin di vita o gravemente sofferenti di disordini cerebrali estremi”. Tale documento afferma – come si è detto – che “l'assistenza al suicidio non è un'attività medica” e mantiene all'interno di un unico atto di indirizzo i parametri di riferimento per regolare la materia. Nel 1999 si verifica una prima rottura dell'unitarietà del sistema e viene emanata una specifica Direttiva dedicata alle cure intensive “Problèmes éthiques aux soins intensifs”³ che ben si lega alle problematiche connesse alla fine della vita e alla cura delle gravi patologie.

Si tratta di stabilire quale decisione adottare e con quali procedure a riguardo dei casi di pazienti ricoverati nei reparti di terapia intensiva e che versano in pericolo di vita. Queste situazioni si caratterizzano per la necessità di assumere in tempi estremamente brevi delle decisioni in ordine alle cure da erogare che potrebbero portare non solo alla salvezza e alla piena riabilitazione del malato, ma anche introdurlo in un percorso di cure di sostegno che spesso hanno l'unico risultato di prolungare la vita sul piano meramente vegetativo e quindi sono suscettibili di creare non pochi problemi nella futura gestione del malato, rinviando semplicemente il momento della morte, la quale potrà avvenire solo grazie ad un intervento di natura eutanasica che non mancherà di produrre notevoli problemi dal punto di vista etico. La Direttiva, quindi, vuole avere una funzione di carattere preventi-

² All'inizio del 2004 il governo ha annunciato la sua intenzione di predisporre un progetto di legge sull'eutanasia passiva al fine di garantire soprattutto la sicurezza giuridica dei medici.

³ *Directive*, approuvé par le Sénat de l'ASSM le 3 juin 1999.

vo⁴, rispettando il fine fondamentale della medicina, che è quello di conservare la vita. Tuttavia si tratta di decidere se ammettere il paziente alle cure intensive, provvedere alla sua rianimazione o interrompere ogni cura⁵. La regolamentazione alla quale ci riferiamo riguarda dei reparti di terapia intensiva nei quali confluiscono malati gravi provenienti dal servizio di pronto soccorso o da altri reparti nei casi in cui nel decorso clinico insorgono improvvise e inattese patologie che mettono a rischio la vita. È proprio in questi casi che sembra opportuno definire le regole relative all'ammissione del paziente ai trattamenti sanitari o astenersi da ogni tipo di intervento per non ricadere nell'accanimento terapeutico. La Direttiva avverte che devono essere rispettati i diritti del paziente e la sua autonomia nel caso egli sia incapace di intendere e di volere. Il medico deve sforzarsi di tenere conto della sua volontà presunta e per fare ciò deve considerare, ove esistono,

⁴ Nel Preambolo del documento si avverte "Les directives sont formulées en accord avec les principes éthiques généraux de la prise en charge de patients menacés de mort et de malades des services de soins intensifs tels qu'énoncés dans les *Ethical Principles in Intensive Care* de la "World Federation of Societies of Intensive Care and Critical Care Medicine" (cfr. «Intensive and Critical Care Digest», 1992, 11, pp. 40-41), et dans la "Déclaration de Helsinki" (cfr. *Declaration of Helsinki. Recommendations Guiding Medical Doctors in Biomedical Research Involving Human Subjects* [Adapted by the 18th World Assembly, Helsinki 1964. Revised by the 29th World Medical Assembly, Tokyo, 1975, the 35th World Medical Assembly, Venice 1983, the 41st World Medical Assembly, Hong Kong 1989 and the 8th World Medical Assembly, Somerset West, South Africa, 1996]). Elles ne traitent pas les questions d'assistance à la mort et du diagnostic de la mort – des questions revenant fréquemment dans les services de soins intensifs – car l'Académie Suisse des Sciences Médicales (ASSM) a mis à disposition des directives spécifiques sur ces sujets. cfr. ASSM, *Directives médico-éthiques sur l'accompagnement médical des patients en fin de vie ou souffrant de troubles cérébraux extrêmes*, in «Bull. Méd. Suisses», 76, 1995, pp. 1226-1228; ASSM, *Directives pour la définition et le diagnostic de la mort en vue d'une transplantation d'organes*, in «Bull. Méd. Suisses», 77, 1996, pp. 1821-1829. Questi riferimenti costituiscono la dimostrazione evidente dell'inserimento della Svizzera nel dibattito globalizzato sull'eutanasia.

⁵ "Les principes généraux médico-éthiques tels que l'autonomie, la bien-faisance, la non-maléficence et l'équité (répartition équitable des ressources) sont à la base de ces recommandations. En premier lieu, il s'agit, aussi dans le domaine des soins intensifs, de favoriser le dialogue et une prise de conscience mutuelle entre le patient et le médecin en charge, et d'intégrer dans le processus décisionnel la volonté du patient, qu'elle soit exprimée directement ou indirectement". Cfr. *Directive*, cit. approuvé par le Sénat de l'ASSM le 3 juin 1999.

le disposizioni contenute nelle direttive anticipate e raccogliere le informazioni provenienti dai familiari, dagli amici, dai medici che precedentemente l'hanno curato⁶. Sulla base di queste informazioni il medico formulera una valutazione complessiva, tenuto conto dell'età biologique del paziente, del suo percorso personale di vita anteriore al ricovero, delle prevedibili condizioni di vita futura, dello stato clinico complessivo e, in sostanza, delle aspettative di vita del soggetto⁷. In caso di esito sfavorevole, se questo corrisponde alla presunta volontà del paziente, mettera fine

⁶ “Les directives anticipées du patient sont à considérer comme déterminantes tant que des données concrètes n’indiquent pas qu’elles ne correspondent plus à la volonté présente du patient. Elles sont d’autant plus valables qu’elles ont été clairement formulées, que leur signature est récente et que le patient avait pu prévoir la situation d’urgence. En général, ces directives sont rédigées lorsque le patient se sent subjectivement en bonne santé et sous réserve que la personne en question restera fidèle à sa manière de considérer les aléas de la vie. Or, l’expérience montre que cette manière de voir peut changer sous l’influence d’une maladie mettant la vie en danger ou à l’occasion d’un grave accident. En présence d’un patient dont les facultés de discernement sont diminuées ou absentes, il est important de pouvoir compter sur la collaboration d’une personne de confiance, porte-parole, voire défenseur de l’opinion du patient au moment des prises de décision. Cette personne de confiance (appelée aussi “représentant thérapeutique”) pourra être soit un membre de la famille, soit un familier du patient, éventuellement son médecin attitré. [...] “ad 1.1.e Une dérogation quant à l’observation de la volonté exprimée du patient est envisageable lorsqu’il n’est pas possible de juger si la volonté actuelle du patient correspond à celle qu’il exprimerait à plus long terme. Une telle situation peut se présenter quand un patient est amené dans un service de soins intensifs après une tentative de suicide: il peut, en toute conscience, persister dans son désir de mourir ; si par contre il n’est pas conscient, il peut avoir préalablement formulé par écrit son refus de soins ou être accompagné de témoins pouvant confirmer sa volonté de mourir. Si on ne se trouve pas en présence d’une des situations délicates décrites au paragraphe 1.1. les mesures nécessaires à la survie du patient doivent être introduites”. Cfr. *Directive*, cit. approuvé par le Sénat de l’Assm le 3 juin 1999.

⁷ “ad 1.1.c La qualité de vie future du patient doit être considérée uniquement de son point de vue personnel et non dans la perspective de ses proches ou de l’équipe soignante. Le contexte social et les habitudes du patient ne doivent être pris en compte dans le processus décisionnel que dans la mesure où ils pourraient entraver le succès thérapeutique. Les informations supplémentaires recueillies pendant le traitement doivent être intégrées en permanence au processus décisionnel”. *Directive*, cit. approuvé par le Sénat de l’Assm le 3 juin 1999.

ai trattamenti per non prolungare l'agonia⁸. Se invece non corrisponde alla volontà del paziente la decisione deve essere attentamente soppesata e valutata, facendo comunque prevalere le scelte del malato. Il medico, in questo caso, deve informare il paziente, o chi per esso, sulle procedure adottate⁹.

Non sfugge all'ASSM la difficoltà del processo decisionale in caso di assenza della capacità del paziente di esprimere una propria volontà. In questo caso la decisione ultima spetta alla *équipe* medica, anche se "nella misura in cui la situazione lo permette, l'opinione del malato va sempre rispettata"¹⁰. La decisione del medico responsabile delle cure intensive dovrà essere redatta per iscritto e consegnata al malato o ai suoi parenti o posta comunque a loro disposizione, in quanto la dignità del morente deve sempre essere rispettata, tanto che al decesso del morente dovrà assistere il medico responsabile del trattamento oppure un medico competente. Nel caso di neonati la Direttiva fa riferimento alle precedenti disposizioni del 1955, avvertendo che bisogna tenere conto della qualità della vita del malato. La volontà del rappresentante legale rimane comunque decisiva ai fini del trattamento. Tuttavia se si tratta di un minore capace di intendere e di volere, la decisione gli appartiene. In caso di contrasto della

⁸ "ad 1.1.d En cas d'abstention ou d'interruption thérapeutique, un traitement "de confort" sous forme de mesures propres à soulager la souffrance est justifié, même s'il est susceptible d'abrégé la vie". Cfr. 1.3. *Directives médico-éthiques sur l'accompagnement médical des patients en fin de vie ou souffrant de troubles cérébraux extrêmes* de l'ASSM.

⁹ Nel definire queste direttive l'ASSM fa riferimento a: American Thoracic Society, *Withholding and Withdrawing Life-Sustaining Therapy*, in «Am. Rev. Respir. Dis.», 144, 1991, pp. 726-731; W. WEISSAUER, *Chancen und Grenzen der Intensivmedizin – der Wille des Patienten und seiner Angehörigen*, in «Intensivmed», 33, suppl. I, 1996, pp. 19-26; A.B. SECKLER, D.E. MEIER, M. MULVIHILL e B.E. CAMMER, *Substituted Judgment: How Accurate are Proxy Predictions?*, in «Ann. Int. Med.», 115, 1991, pp. 92-97; E. STEPHENSON (a cura di), *Ethische Aspekte aus pflegerischer Sicht. Handbuch der Intensivpflege*, Neander, Meyer, Friesacher, Ecomed Verlag II, 2.2, 1993, pp. 1-19.

¹⁰ Tuttavia al punto 1.2. si afferma "Le médecin ne peut être contraint d'initier ou de poursuivre des mesures thérapeutiques qui, selon sa conviction, seraient inutiles ou devenues inutiles. Lorsque le patient éveillé et capable de discernement, ou ses proches – lorsque celui-ci est incapable de discernement – sont d'un avis différent, le médecin doit s'efforcer d'obtenir leur consentement", *Directive*, cit., approvato par le Sénat de l'ASSM le 3 juin 1999.

sua scelta con quella del rappresentante legale bisognerà ricercare un accordo che tenga conto delle opinioni dei familiari.

Nel caso di lesioni prenatali, invece, qualora la vita sia possibile solamente a condizioni di ricovero e all'utilizzazione di sostegni artificiali, va ricercato l'accordo dei parenti e dell'*équipe* medica. Nell'eventualità in cui le parti non siano d'accordo si farà ricorso all'autorità tutelare. Le persone responsabili dell'ammissione ai trattamenti dei pazienti devono valutare le scelte anche tenendo conto di una giusta ripartizione delle risorse a disposizione delle strutture sanitarie (punto 1.5 della Direttiva). Tuttavia questo aspetto del problema non può essere determinante ai fini della decisione di rinunciare o interrompere un trattamento vitale¹¹.

Malgrado queste assicurazioni, non c'è dubbio che il riferimento alla disponibilità di risorse, posto in relazione alla filosofia di sistema adottata dall'ordinamento svizzero, molto attento all'ammontare complessivo della spesa sanitaria, condiziona tuttavia nei fatti le scelte delle singole strutture sanitarie sui trattamenti da erogare, che vengono posti in rapporto con le disponibilità dell'ente ospedaliero.

La Direttiva regola poi due casi particolari: la donazione di organi, consentendo la possibilità di espianto¹², e l'utilizzazione dei prodotti più recenti e sperimentali della ricerca medica; nel mentre stabilisce che non è possibile ritardare l'adozione di misure terapeutiche a favore del paziente ai fini della ricerca e per questo specifico problema rinvia ad un'apposita Direttiva¹³.

¹¹ Di fronte alla delicatezza del problema la Direttiva ritiene opportuno precisare: "Avec la raréfaction des ressources, il est inévitable et défendable du point de vue éthique d'appliquer plus strictement les règles générales en matière de soins intensifs. Seuls les critères médicaux sont à retenir. Les scores de gravité en vigueur actuellement, introduits en réalité dans le but de comparer différents groupes de patients, ne permettent pas de prendre une décision pour un cas particulier". *Directiv*, cit. approuvé par le Sénat de l'ASSM le 3 juin 1999. Sul punto si veda comunque: J.M. LUCE, R.M. WACHTER, *The Ethical Appropriateness of Using Prognostic Scoring Systems*, in «Clinical Management. Crit Care Clinics», 10, 1994, pp. 229-241.

¹² ASSM, *Directives médico-éthiques pour les transplantations d'organes*, in «Bull. Méd, Suisses», 76, 1995, pp. 1392-1394.

¹³ ASSM, *Directives pour les recherches expérimentales sur l'être humain*, in «Bull. Méd, Suisses», 78, 1997, pp. 1593-1600. La ASSM non nasconde il particolare

2. *Direttive differenziate come strumento di intervento sulle patologie di fine vita*

Recentemente, sotto la spinta dell'approvazione della nuova legge olandese e della legge belga su questa delicata e discussa materia, l'Accademia, tenendo conto del dibattito sviluppatosi in seno al Parlamento Federale e nel paese, anziché procedere con regole generali valide per tutti i casi di malati terminali, ha differenziato le Direttive concernenti la fine della vita, classificandole secondo una casistica che rispecchia le condizioni del malato e specificamente la sua capacità di esprimere un univoco e chiaro atto di volontà. Nel disegnare il suo intervento l'Accademia ha tenuto conto di numerosi lavori d'indagine e studio condotti sia al suo interno che in ambito parlamentare ed europeo¹⁴. Così sono state emanate

valore che la ricerca assume per questo tipo di malati tanto che afferma: "La recherche sur les patients en réanimation est indispensable afin d'améliorer leur traitement ainsi que pour acquérir de nouvelles connaissances. Vu les circonstances qui caractérisent la situation d'urgence, la demande visant le consentement du patient ou l'assentiment des proches doit être formulée de façon claire et précise; en particulier elle renseignera sur les risques supplémentaires liés au projet de recherche. A la demande des personnes concernées – et lorsque les délais le permettent – un temps de réflexion adéquat doit leur être octroyé. La présence d'un témoin est recommandée lors de l'information et de la remise du consentement, en particulier lorsqu'un simple accord verbal est prévu." Tuttavia ribadisce la necessità di ricercare e acquisire il consenso del malato o dei suoi eventuali delegati alla terapia, in modo da offrire il massimo delle garanzie possibili e impedire il rischio della sperimentazione di trattamenti sanitari su esseri umani non consenzienti. Sul punto: F. LEMAIRE, L. BLANCH, S.L. COHEN, C. SPRUNG, *Working Group on Ethics: Informed Consent for Research Purposes in Intensive Care Patients in Europe*, in «Intensive Care Med.», 23, 1997, pp. 435-439.

¹⁴ L'Accademia ha utilizzato soprattutto lo studio condotto da K. FAISSTA, S. FISCHER, G. BOSSHARD, U. ZELLWEGER, W. BÄR, F. GUTZWILLER, *Medical End-of-Life Decisions: Attitudes and Practices in 6 European Countries* la cui sintesi dal titolo *Décisions médicales en fin de vie dans six pays européens: Premiers résultats* può leggersi su «Schweizerische Ärztezeitung, Bulletin des médecins suisses/Bollettino dei medici svizzeri», 84, n. 34, 2003, pp. 1730-1732. Si veda inoltre l'ampio studio svolto sotto la direzione di D. SPRUMONT, *La relation patient-médecin: état des lieux*, Institut de droit de la santé, Rapport IDS n. 1, Genève, 2003, *passim*.

quattro disposizioni specifiche che attualmente regolano nel loro complesso i diversi casi di fine della vita¹⁵.

La prima direttiva, approvata il 27 novembre 2003, riguarda esclusivamente le persone affette da tempo da gravi problemi cerebrali e sostituisce la precedente del 1995 che, benché portasse lo stesso titolo, rivestiva carattere generale¹⁶. Essa è dedicata esclusi-

¹⁵ A elaborarle è stata la Commission Centrale d'Éthique (da ora in poi CCE) che discute "les problèmes importants d'éthique médicale contemporaine et les anticipe afin de préparer des directives, recommandations ou avis sur des sujets particuliers. Elle se tient informée de la manière dont les directives sont appliquées". È compito della Commissione favorire lo scambio di informazioni e i contatti tra le persone o i gruppi facendo da centro di coordinamento. La Commissione risponde a questioni che riguardano l'etica medica sollevate davanti alla ASSM da istituzioni pubbliche o private o da singole persone. La Commissione si riunisce tutte le volte che è necessario e almeno 5 volte all'anno. Le questioni vengono introdotte da un oratore invitato per discutere un problema etico attuale o affrontare nuovi temi sollevando un nuovo problema di etica medica o ridiscutere direttive già emanate dalla Commissione. "Lorsqu'elle retient un thème, elle nomme une sous-commission ad hoc. Celle-ci est composée de membres de la CCE et d'experts externes provenant des milieux impliqués dans le thème sélectionné. Elle entend les rapports des présidents des sous-commissions en cours d'élaboration de nouvelles directives ou de révision d'anciennes. Elle donne son accord à la version élaborée en fin de travail des sous-commissions et la transmet au Sénat de l'ASSM pour être soumise au vote. Suit une procédure unique à la Suisse, en ce sens que cette version provisoire des directives est publiée dans le Bulletin des médecins suisses et soumise à une procédure de consultation publique avec un délai de réponse. La sous-commission, passé ce délai, examine les réactions des groupes ou des particuliers intéressés s'étant manifestés par des propositions écrites de critiques, d'amendements, adjonctions ou suppressions, et en tient compte dans la mesure du possible. Une nouvelle version est alors élaborée et, après accord de la CCE, est à nouveau soumise au vote du Sénat dell'ASSM avant sa publication dans sa forme finale dans le Bulletin des médecins suisses". "Les directives de l'ASSM s'adressent aux professionnels de la santé (médecins, soignants et thérapeutes) et ont en principe un caractère obligatoire, en particulier pour les médecins, car elles font en principe partie du code de déontologie de la FMH. L'ASSM n'ayant pas la compétence d'émettre des règlements à l'attention des institutions de soins de longue durée, elle a formulé des "Recommandations" à leur attention" «Schweizerische Ärztezeitung/Bulletin des médecins suisses/Bollettino dei medici svizzeri», 85, n. 37, 2004, pp. 1935-1936.

¹⁶ *Traitement et prise en charge des patients souffrant d'atteintes cérébrales extrêmes de longue durée*, Direttiva approvata dal Senato dell'ASSM il 27 novembre 2003. "Les présentes directives sont destinées aux institutions qui prennent en charge des patients souffrant d'atteintes cérébrales extrêmes de longue durée, dans le sens de lignes directrices internes tenant compte du contexte régional et culturel. Elles devraient contribuer à prendre les meilleures décisions concernant le traitement et la prise en charge de chaque patient en particulier au-delà de tout préjugé".

vamente a tre tipi di malati: quelli in stato vegetativo persistente (coma vigile) che tende a divenire permanente; i malati affetti da patologie degenerative gravi in stato avanzato, per esempio l'Alzheimer; i pazienti che presentano danni cerebrali gravi e irreversibili dalla nascita o acquisiti durante l'infanzia. Il tratto comune di questi pazienti è l'assenza di una capacità di intendere e di volere e quindi della possibilità per essi di esprimere una volontà autonoma e inequivocabile. Per la verità occorre operare, come fa anche la Direttiva, un'ulteriore suddivisione, tra i primi due tipi di malati che potrebbero in passato avere espresso delle direttive anticipate, nel qual caso l'*équipe* medica che li ha in cura dovrà seguire scrupolosamente quelle indicazioni in difesa degli interessi del malato. Il terzo tipo di malattia è quello per cui si esclude a priori che vi sia possibilità di estrinsecazione della volontà del soggetto. In questo caso, precisa la Direttiva al punto 1.1.3.3, "*Atteintes cérébrales extrêmes présentes à la naissance ou apparaissant durant la petite enfance: le cerveau a été si gravement endommagé par un processus hypoxiqueischémique, traumatique, infectieux ou métabolique, ou par une malformation, que l'acquisition des capacités de communication et d'une autonomie minimale n'est pas envisageable*".

Il concetto più importante della Direttiva, che ne caratterizza il significato innovativo, è la distinzione molto netta che essa fa tra questi tipi di pazienti e quelli in fin di vita, stabilendo che sul piano concettuale non vi è alcuna assimilazione possibile tra i due tipi di malati. Ciò induce il Senato dell'Assm ad emanare direttive distinte per i diversi tipi di patologie¹⁷. La Direttiva nel punto 2 ribadisce i diritti dei pazienti, muovendo dall'osservazione che la volontà del paziente è il criterio prioritario per decidere se interrompere le cure

¹⁷ "1.2 Distinction par rapport aux patients mourants. Les patients souffrant d'atteintes cérébrales extrêmes de longue durée ne doivent pas être assimilés à des patients mourants. Ils se trouvent dans un état encore stabilisé, mais vraisemblablement irréversible. Des complications intercurrentes ou la décision d'interrompre la thérapie peuvent déclencher le processus de la mort. Chez les patients mourants, l'espérance de vie restante est relativement courte (évaluée en jours ou en semaines) et le processus terminal est progressif. La prise en charge des patients mourants fait l'objet de directives distinctes". *Traitement et prise en charge des patients souffrant d'atteintes cérébrales*, cit.

atte a preservare la vita. Riflettendo sulle modalità di accertamento della volontà del paziente si ribadisce la validità delle direttive anticipate, purché emanate dal paziente quando questi era inequivocabilmente capace di intendere e di volere. Ovviamente più tali dichiarazioni sono formulate chiaramente e sono recenti, più vengono ritenute valide. In assenza di una manifestazione di volontà si cercherà di verificare la volontà presunta del paziente rivolgendosi alle persone a lui prossime e, in mancanza di queste, al medico di famiglia. Nel caso della presenza di un rappresentante mandatario, altrimenti detto terapeutico, le decisioni spetteranno a questi, sempre che non vi sia un contrasto con un rappresentante legale che ha la rappresentanza generale del paziente: il conflitto sarà risolto dall'Autorità tutelare, come nel caso del minore dove il contrasto si verifichi tra il rappresentante legale e i genitori.

Come si vede si tratta di un processo decisionale articolato e complesso sul quale incidono sia le speranze di vita che la qualità della vita, elementi per valutare i quali è essenziale l'integrazione nel processo decisionale dell'*équipe* curante. In questo caso, come si è visto nella Direttiva precedente, la responsabilità ultima compete al medico direttamente responsabile, tanto che la decisione di interrompere le misure di mantenimento deve essere contenuta in un *procès-verbal*, attraverso il quale siano ricostruibili le diverse fasi della decisione, anche successivamente. La procedura relativa all'identificazione dell'effettiva volontà del paziente presenta in realtà molti problemi e può dar luogo a controversie poiché "La situation juridique concernant les patients incapables de discernement est complexe. Des incertitudes concernant notamment la portée du droit de représentation et la personne habilitée à agir à la place d'un patient incapable de discernement lorsqu'il n'y a pas de représentant légal. De plus, il existe à cet égard différentes réglementations cantonales. Dans certains cantons, les médecins ont un droit de décision. Dans d'autres cantons, sont appliqués soit la réglementation cantonale, soit, en l'absence de celle-ci, le droit fédéral qui prévoient en principe l'obligation de désigner un représentant. Sous les conditions-cadre actuelles (par ex. disponibilité du personnel dans les autorités de tutelle), il n'est ni praticable ni raisonnable d'exiger la présence d'un représentant légal. En vue de l'application à moyen

terme du principe du consentement d'un représentant désigné par le patient (comme le prévoit par ex. la Convention de bioéthique), ces directives mentionnent explicitement la possibilité de désigner un représentant thérapeutique"¹⁸.

La Convenzione, infine, ritorna su uno degli aspetti più problematici della disciplina relativa ai malati terminali, ribadendo che la disponibilità di risorse del sistema sanitario non deve condizionare le scelte dell'*équipe* medica, ma deve da essa essere tenuta in considerazione¹⁹.

Una preoccupazione costante della società svizzera è costituita dal progressivo invecchiamento della popolazione. Ai problemi dell'assistenza di questa rilevante parte di utenti del servizio sanitario è dedicata la Direttiva "Traitement et prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance" che concerne le persone anziane non autonome ed esclude coloro che, pur non essendo autonomi, non superano i 65 anni di età²⁰.

"En raison de l'évolution démographique, le nombre de personnes âgées et surtout très âgées augmentera sensiblement dans les prochaines années en Suisse. On peut donc s'attendre à un accroissement important du nombre de personnes en situation de dépendance. Cette évolution intervient à une époque où les structures familiales traditionnelles se transforment, où les valeurs morales évoluent, où l'autonomie de l'individu prend de plus en plus d'importance et où les coûts de la santé augmentent considérablement". E

¹⁸ *Ibidem*, Ad.2. Droits des patients.

¹⁹ Ad. 4.2. "En raison des ressources limitées dont dispose le système de santé, la vérification périodique des moyens à disposition est importante. Les responsables décisionnels sont coresponsables pour leur répartition équitable dans leurs domaines respectifs". *Ibidem*.

²⁰ Senat ASSM, *Traitement et prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance*, 18 maggio 2004. Contestualmente viene emanata, in allegato alla Direttiva, anche una raccomandazione: "*Recommandations (aux institutions offrant des soins de longue durée)*". Relativamente al campo di applicazione i soggetti presi in considerazione sono le persone di più di 65 anni. 'La situation de dépendance' signifie que la personne a durablement besoin d'aide et de soutien dans les activités quotidiennes de base (c'est-à-dire l'habillement, la toilette, l'alimentation, la possibilité d'aller aux toilettes, la mobilité, l'organisation de son quotidien, les contacts sociaux). La situation de dépendance ne s'aggrave en principe qu'après 75 ans".

allora, l'Accademia si interroga su quando, come e in che misura erogare le cure mediche e quando interrompere i trattamenti.

Sia la Direttiva che la raccomandazione intendono fornire delle indicazioni per rispondere alla domanda e lo fanno rivolgendosi questa volta non solo al paziente, ai suoi parenti, ma anche agli istituti di cura per anziani, agli enti preposti alla formazione del personale di assistenza, al personale paramedico e medico, alle istituzioni, responsabili della formazione di base, alle istanze politiche in generale. L'Accademia agisce insomma come un soggetto di prima grandezza nella messa a punto delle politiche sociali, assumendo un ruolo certamente originale in relazione al quale non è dato a chi scrive di conoscerne di eguale. Ciò fa dubitare della sua natura di associazione "privata" e ne fa una associazione semi-pubblica, investita di un preciso ruolo istituzionale che può essere compreso soltanto in un sistema istituzionale e di governo che adotta come principio cardine la nozione di sussidiarietà verticale²¹. Ciò non ha impedito che la Direttiva, proprio per la sua generalità – in quanto destinata, come si è detto, ad una pluralità di soggetti – sia stata, come vedremo, criticata da più parti, fino al punto che la ASSM ha ritenuto di dover apportare alcune modifiche e di fornire precisazioni e rassicurazioni, come è possibile rilevare consultando il Bollettino dei Medici Svizzeri²².

"L'anomalia" della Direttiva si evince già dai principi generali. Dopo aver ribadito la necessità di rispettare i diritti delle persone anziane, ancorché malate, e avere affermato la necessità che le

²¹ Sull'utilizzazione della sussidiarietà verticale nella attribuzione di attività normativa a strutture tecnico-professionali: O. CHESSA, *La sussidiarietà (verticale) come "precepto di organizzazione" e come criterio ordinatore*, in «Dir. Pubbl. comp. Europ.», 4, 2002, pp. 1442-1456; P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in «Quad. costit.», n. 1, 1993, pp. 7-32; Id., *Principio di sussidiarietà e funzione legislativa*, in «Quad. reg.», n. 2, 2002, pp. 447-452; S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in «Foro it.», 10, 1995, pp. 373-377; G. COTTURRI, *Potere sussidiario. Sussidiarietà e federalismo in Europa e in Italia*, Carocci, Roma, 2002; G. SCACCIA, *Le competenze legislative sussidiarie e trasversali*, in «Dir. Pubbl.», 2, 2004, pp. 461-500.

²² A. STUCK, *Version définitive des directives et recommandations "Traitement et prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance"*, in «BMS», 85, n. 26, 2004, pp. 1388-1389.

cure si sviluppino nelle strutture ospedaliere, in quelle per anziani come in famiglia, garantendo la reciproca informazione tra i diversi medici che si avvicinano nel somministrare le cure al malato, ci si preoccupa che il coinvolgimento di un personale medico numeroso e quello inevitabile dei parenti siano compatibili con la garanzia del segreto professionale, in modo da rispettare la dignità del malato. Nel caso del coinvolgimento di familiari nelle attività di cura, va rispettato il loro ruolo e si deve tener conto del peso che questo impegno costituisce. La consapevolezza della complessità delle cure porta l'Accademia a dedicare un apposito capitolo della Direttiva alla collaborazione interdisciplinare, nella quale sono coinvolti: medici, terapeuti, infermieri, personale di cucina e addetti all'amministrazione, ai quali tutti si richiede il segreto professionale. Si riconosce altresì la necessità di assistenza spirituale del malato, avvertendo che può svilupparsi un'inevitabile dipendenza del malato da tutti i soggetti menzionati, ai quali si richiede quindi particolare competenza e una specifica formazione di base, avanzata e continuata. La Direttiva condiziona quindi l'attività delle scuole per la formazione degli infermieri, delle Università di medicina, delle scuole alberghiere, ecc. Tale aspetto è stato oggetto delle critiche su citate.

Per questi motivi la Direttiva pone particolare cura nel garantire tempi e modalità delle decisioni assunte dal malato, raccomandando che venga concesso tempo affinché le decisioni maturino e si eviti ogni pressione. Si consiglia di stimolare tutti a redigere delle direttive anticipate, tanto più che queste sono considerate validamente assunte fino a quando la persona mantiene la capacità di intendere e di volere. In caso di mutamento di opinione possono essere sempre e comunque revocate. Si consiglia, tuttavia, di accompagnare la redazione del *living will* con la designazione di un rappresentante terapeutico in grado di fare rispettare la volontà del malato e di assumere decisioni in caso di eventi imprevisti.

La somministrazione di interventi medicali invalidanti, come, ad esempio, l'installazione di una sonda alimentare, richiede una concertazione interdisciplinare dei diversi soggetti che erogano la cura, che sfocerà in un'ordinanza medica che può essere messa in discussione dall'interessato o dal suo rappresentante terapeutico. Anche l'internamento del malato in una struttura ospedaliera necessi-

ta di una concertazione interdisciplinare ed è accompagnato dalle stesse garanzie. La libera formulazione della volontà dell'interessato presuppone la sua informazione preventiva, che deve essere fatta in modo comprensibile, in forma appropriata, prospettando le diverse alternative, illustrando i benefici e i rischi. Queste informazioni devono essere fornite anche al rappresentante terapeutico e ai parenti perché possano assistere il malato. In buona sostanza nessuna persona che faccia parte del personale di cura può prendere delle decisioni senza il consenso dell'interessato o dei suoi rappresentanti. Il malato capace di discernere o, in sua vece, il rappresentante terapeutico possono rifiutare una cura, anche chiedendone una alternativa da essi accettata. La dimostrata incapacità di intendere e di volere del malato consente al rappresentante terapeutico o al rappresentante legale designato di agire, ma l'*équipe* medica deve prioritariamente applicare il testamento biologico, a meno che non si dimostri che esso non corrisponde più alla volontà del paziente. In realtà la volontà dei delegati prevale solo in assenza di una volontà espressa del malato. L'*équipe* medica di cura può prendere autonome decisioni solo in assenza di disposizioni del malato e qualora sia impossibile farsi assistere da un rappresentante terapeutico del malato. In questo caso la decisione dovrà essere conforme agli interessi obiettivi del malato, secondo la valutazione dei medici, a meno che la legislazione cantonale non disponga diversamente²³.

Nella misura del possibile i congiunti, i conviventi, i parenti e gli amici del malato devono essere integrati nel processo decisionale.

²³ Il trattamento di un paziente incapace di autodeterminarsi, che non ha un rappresentante legale e che non ha designato un rappresentante terapeutico, non è espressamente regolato nella legislazione federale. Esistono tuttavia delle disposizioni nella legislazione cantonale, ma la questione non è regolata in maniera uniforme. Infatti numerosi Cantoni consentono in questo caso ai medici di adottare una decisione a determinate condizioni. Si veda ad esempio: Argovie, Appenzell A. Rh., Berne, Lucerne, Thurgovie [Zurich – état au 1er janvier 2003]. Altre legislazioni cantionali conferiscono in tali situazioni un potere di rappresentanza alla famiglia o ai parenti più prossimi: è il caso di Neuchâtel, Jura, Tessin. Altri ancora non regolano in alcun modo la questione, il che fa pensare che il medico debba chiedere la designazione di un rappresentante all'autorità tutelare. Diverso il caso delle persone incapaci di intendere e di volere ospitate in strutture

Al malato anziano e non autonomo devono essere assicurate le cure preventive e quelle aggiuntive, necessarie in rapporto al suo tipo di infermità; si dovrà costantemente tendere al suo reinserimento sociale e devono essergli garantite le cure palliative attraverso un intervento interdisciplinare dell'*équipe* curante sia che il malato si trovi a domicilio oppure che sia ricoverato in un ospedale o in una struttura per anziani. La Direttiva sugli anziani non autonomi non può non prendere in considerazione il caso che da parte di questo tipo di malati si richieda l'accompagnamento alla morte quanto non l'aiuto al suicidio. A riguardo del primo caso il punto 5.1. rinvia alla specifica Direttiva della quale ci occuperemo successivamente. Nel secondo caso l'*équipe* medica dovrà intensificare gli sforzi per migliorare le cure e sostenere anche psicologicamente il malato. Dovrà proporre al malato un sostegno spirituale e fornirglielo se questo è gradito (punto 5.2 della Direttiva).

Poiché in Svizzera non esiste una chiesa di Stato, le Confessioni religiose, compresa quella cattolica, sono associazioni di diritto pubblico. I rapporti tra Stato e Chiese sono diversi tra i vari Cantoni e la relativa regolamentazione viene votata, come tutte le altre leggi, dalla popolazione del Cantone. In tre Cantoni esiste una netta separazione fra Stato e Chiesa, negli altri lo Stato riscuote la tassa per il culto, calcolata in base alla dichiarazione dei redditi (pari circa al 5-6% delle imposte versate). Per questi motivi lo stipendio dei cappellani che prestano la loro opera negli ospedali è a carico delle diocesi e la loro retribuzione viene erogata ricorrendo ai proventi della tassa sul culto. Il progressivo abbandono delle Chiese da parte dei fedeli

per malati terminali che non hanno dei rappresentanti terapeutici. Per costoro, in attesa della ratifica della Convenzione di Oviedo [01.056 – Oggetto del Consiglio federale, *Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, FF 2002 245] la quale prevede che il medico, sia curante sia terapeutico, possa invitare il paziente a designare un rappresentante a tempo, e raccomanda la possibilità di richiedere l'intervento dell'autorità tutelare. T. CLEMENT, C. HÄNNI, *La protection des droits des patients dans les législations cantonales*, in *Relation patient-médecin*, sous la direction de l'Institut de droit de la santé, Neuchâtel-Genève, 2003, pp. 51-134; A. LEUBA, *Quelques réflexions à propos de l'autonomie du patient incapable de discernement*, Actes de la 9ème Journée du droit de la santé, Institut de droit de la santé, Rapport Ids n. 2, in «Droit, santé mentale et handicap», Genève, 2003, pp. 51-55.

ha notevolmente ridotto l'introito della tassa per il culto e, pertanto, risulta sempre più difficoltoso assicurare la presenza retribuita dei cappellani negli ospedali. Questa situazione spiega in parte l'assenza dei ministri di culto delle diverse Chiese dai nosocomi²⁴.

Una cura particolare dovrà essere prestata nel compilare le cartelle cliniche, nel tenere in ordine la documentazione medica, nell'assicurare e garantire la riservatezza dei dati personali.

In ragione dello stato clinico del paziente l'*équipe* medica potrà limitare la libertà del paziente, anche al fine di impedire che egli procuri dei danni a sé o agli altri. Di tutti questi interventi dovrà essere redatto un verbale scritto che verrà allegato alla cartella clinica personale.

La Raccomandazione allegata alla Direttiva è diretta alle istituzioni che offrono cure di lunga durata, intendendo con ciò riferirsi non solo a quelle specificamente dedicata agli anziani, ma anche agli ospedali e all'assistenza domiciliare. Il campo di applicazione si estende anche ai medici, al personale infermieristico e terapeutico, ai dirigenti delle strutture di cura e definisce le condizioni quadro necessarie per la presa in carico di persone anziane in questo tipo di istituzioni, disegnando una procedura ottimale. Il principio base che regola il funzionamento di queste strutture è la protezione e il rispetto dei diritti della persona anziana. Pertanto sarà posta ogni cura nel garantire la libertà personale e la dignità dell'anziano nel rispettarne la sfera privata e intima, compresa quella della libertà sessuale. Dovranno essere rispettati i suoi spazi e quindi la sua camera, che potrà essere arredata a suo gusto, a cura del malato stesso, temperando le esigenze dei pazienti laddove gli occupanti siano più di uno. Ogni osservazione verrà fatta con discrezione e le restrizioni eventuali sulle visite dei parenti dovranno essere strettamente funzionali alla cura. Sarà comunque garantito all'anziano e favorito ogni contatto personale, non solo attraverso la tutela della corrispondenza

²⁴ V. PACILLO, *La democratizzazione delle confessioni religiose nella Confederazione elvetica*, in «Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni», 2005, 5, p. 95 e ss.; L. MUSSELLI, *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto ecclesiastico in Svizzera*, in A. PIZZORUSSO, V. VARANO (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 481 e ss.

e la garanzia delle visite, ma anche attraverso l'accesso ai giornali, telefono, televisione, *internet* e ogni altro mezzo di comunicazione, in modo da rendere costante il rapporto con l'esterno. Sarà garantita la libertà di opinione e di credenza, consentendo ogni forma di espressione religiosa, senza violare la libertà della persona²⁵. Saranno garantiti la libertà di riunione, quella politica, di partecipazione della vita quotidiana, il diritto di fare petizioni e di rivolgere lagnanze. Particolare attenzione viene dedicata alla nomina di un rappresentante amministrativo e di un rappresentante terapeutico nei casi di incapacità di intendere e di volere. Tali incarichi non potranno essere assunti dalla stessa persona poiché potrebbe verificarsi un contrasto di interessi. Il trattamento medico e le cure dovranno essere garantite sia nella fase di ingresso dell'anziano nella struttura che mediante la qualità dell'assistenza erogata da personale particolarmente qualificato. Ogni anziano sarà seguito da un medico responsabile delle sue cure, anche nel caso che il ricovero avvenga in una struttura che ha più medici.

Viene regolato con particolare scrupolo il comportamento dell'ente ospedaliero o della casa di cura che ospita il paziente, soprattutto nel caso in cui egli sia sottoposto a trattamenti di fine vita e in caso di decesso, dove l'uso del termine "fine della vita" non è casuale, poiché sembra riferirsi ai casi di eutanasia. Infatti, ribadito che l'istituzione mette a disposizione le strutture necessarie per l'effettuazione dei riti e dei rituali funebri e che rispetta particolarmente i riti religiosi e culturali dei parenti²⁶, si dispone quale deve

²⁵ V. PACILLO, *Stato, individuo e fenomeno religioso nella nuova Costituzione federale e nelle più recenti costituzioni cantonali svizzere*, in «Quad. dir. e pol. eccl.», 1, 2001, p. 233 e ss.; R. BERTOLINO, *Il nuovo diritto ecclesiale tra coscienza dell'uomo e istituzione. Saggi di diritto costituzionale canonico*, Giappichelli, Torino, 1989, p. 90 e ss.; S. BERLINGÒ, *L'ultimo diritto*, Giappichelli, Torino, 1998.

²⁶ La differenziazione delle appartenenze religiose ha portato inevitabilmente ad un mutamento in ordine all'effettuazione delle cerimonie funebri. Come è noto è aumentato il ricorso alla cremazione e, sempre più, l'effettuazione dei riti funebri deve fare i conti con le particolarissime esigenze dei diversi culti. Diviene perciò difficile soddisfare una richiesta così frammentata e diversificata. Sul punto si veda: C. ROUILLER, *Le principe de la neutralité confessionnelle relative. Réflexions sur la liberté de religion conçue comme un moyen d'intégration, faites à partir du*

essere il comportamento di fronte ad una richiesta di aiuto al suicidio²⁷.

3. *La Raccomandazione della ASSM in materia di richiesta di suicidio*

La Raccomandazione prende in considerazione il comportamento da tenersi di fronte ad una richiesta di suicidio²⁸ e, dopo aver riconosciuto la liceità della richiesta purché ricorrano le condizioni di cui all'articolo 115 del Codice penale, si preoccupa che gli altri ricoverati non vengano turbati da questa decisione e che il personale di cura non venga in alcun modo coinvolto nell'effettuazione delle pratiche eutanasiche. Si tratta della prima volta che in una Direttiva dell'Accademia si prende con decisione in considerazione l'ipotesi eutanasia, dando la possibilità ad associazioni private di aiuto al suicidio di operare, sia pure a determinate condizioni, all'interno di una struttura pubblica o privata di cura. Siamo di fronte ad "un'apertura" che nella pratica è tuttavia limitata in quanto, soprattutto nel caso di strutture private, la direzione di queste tende a far precedere

droit d'accomplir les rites funéraires, Aktuelle juristische praxis/Pratique juridique actuelle (Saint Gall), n. 8, 2003, pp. 944-958; S. ALLEVI, *Salute e salvezza. Le religioni di fronte alla nascita, alla malattia e alla morte*, Editrice Claudiana, Torino, 2003, p. 58 e ss. e 554 e ss.; D.R. PERETTI GRIVA, voce *Diritto di sepolcro*, in *Nuovissimo Digesto*, vol. XII, UTET, Torino, 1940, p. 113 e ss.; A. ANSALDO, voce *Sepolcro*, in *Nuovo Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., vol. XVIII, UTET, Torino, 1998, p. 454 e ss.; Z. SUCHECKI, *La Cremazione nel diritto canonico e civile*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1995.

²⁷ Relativamente agli obblighi della struttura ospedaliera in caso di richiesta di assistenza al suicidio, la *Directive*, cit., dispone quanto segue: "ad 4.1. (Assistance au suicide). En ce qui concerne l'attitude face à une demande de suicide dans des institutions de soins, il s'agit d'observer les directives et recommandations pour le traitement et la prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance. Les dirigeants peuvent interdire l'assistance au suicide à leurs collaborateurs; par contre, ils ne peuvent pas les y contraindre. Le processus décisionnel conduisant à l'assistance au suicide ou à son refus doit être documenté. Un décès survenant suite à une aide au suicide doit être déclaré aux autorités comme décès pour cause non naturelle. Le médecin ayant prêté son assistance à un suicide ne doit pas remplir lui-même le certificat de décès".

²⁸ "Attitude face à une demande de suicide. Lorsqu'une personne âgée en situation de dépendance prévoit de mettre fin à ses jours avec l'assistance d'un

l'adozione di queste pratiche l'allontanamento del malato, circostanza che facilita i rapporti tra malato, associazione e istituzione. Non a caso vengono ribadite le garanzie della persona in materia di accesso ai dati personali, misure limitative della libertà, maltrattamenti e cure insufficienti. La Direttiva si conclude con una Raccomandazione sul diritto d'informazione nella fase d'ingresso del malato nella struttura. L'anziano dovrà poter visitare prima del ricovero la struttura e lo stesso diritto è garantito al suo rappresentante terapeutico e al suo rappresentante legale. In caso di incapacità di intendere e di volere, il suo rappresentante terapeutico dovrà sottoscrivere un documento generale di ammissione nel quale sono stabiliti i doveri delle parti, dovrà essere presa in esame la sua situazione finanziaria che va riportata nel documento di ammissione. Il consenso all'ingresso nell'istituto dovrà essere esplicito. Ai fini di evitare conflitti di interesse il patrimonio del ricoverato non potrà essere gestito dall'istituzione pubblica o privata che sia nella quale avviene il ricovero, ma verrà effettuata o direttamente o dal rappresentante amministrativo del ricoverato; inoltre l'istituto si assicurerà che non vengano disposti atti di liberalità nei confronti del personale. L'istituto sanitario, dopo aver ricoverato il malato, non potrà rescindere il contratto di

tiers (p.ex. une organisation d'assistance au suicide) dans une institution de soins de longue durée, on se trouve face à une situation particulière. Une telle situation peut se présenter, parce que selon le droit suisse, l'assistance au suicide n'est pas punissable lorsqu'elle intervient sans mobile égoïste (art. 115 Code pénal). Sur cette base, l'assistance au suicide est tolérée dans certaines institutions. Tout particulièrement dans de telles situations, l'institution de soins de longue durée a un devoir de protection envers la personne âgée; à cet égard, elle doit garantir: a. que la personne concernée est capable de discernement. b. que la décision de suicide ne résulte pas d'une pression extérieure, et n'est pas la conséquence d'examens, de traitements ou de prises en charge inadéquats. c. que la sensibilité des autres résidents et collaborateurs est respectée. Les personnes âgées en situation de dépendance se trouvent dans une relation de dépendance par rapport au personnel de l'institution; cette relation peut être la source de conflits d'intérêts pour ces derniers. Pour cette raison et par égard pour les autres résidents de l'institution, le personnel d'une institution de soins de longue durée ne participe à aucun moment activement au suicide d'un résident". ASSM, *Directive médico-éthique pour la prise en charge des patients en fin de vie*, 2004. J.B. WASSERFALLEN, *Respecter la liberté du patient et du soignant*, Schweizerische Ärztezeitung, in «Bulletin des médecins suisses/Bollettino dei medici svizzeri», 2006, 87, 20, pp. 895-898.

ricovero, a meno che non provveda a trovare una struttura medica adeguata nella quale le cure possano proseguire.

In considerazione della profonda lacerazione causata dal dibattito sull'aborto nella società svizzera, una raccomandazione sul trattamento medico del feto malformato venne emanata dalla Société Suisse de Néonatalogie che si occupa invece della *Prise en charge des prématurés à la limite de la viabilité* nella quale si afferma il principio che il comportamento dell'*équipe* medica, sentiti i parenti, sarà fortemente condizionato dalle statistiche relative alle possibilità di vita in relazione alla gravità della malformazione²⁹.

Effettuato il lavoro sistematico di definizione dei comportamenti da tenersi in relazione alle diverse casistiche relative ai pazienti in fase terminale, l'Accademia pubblica un'ultima Direttiva concernente situazioni senza alcun dubbio di tipo eutanasi. A questi casi è dedicata la Direttiva *Prise en charge des patients et patientes en fin de vie*³⁰.

La particolarità di questo documento è sottolineata dal preambolo nel quale si dà conto del metodo di lavoro seguito dall'Accademia, finalizzato a isolare i casi di eclatante ricorso all'eutanasia

²⁹ "La prise en charge d'un foetus ou d'un prématuré à la limite de la viabilité doit être multidisciplinaire et implique une collaboration étroite entre obstétriciens, néonatalogues, sage-femmes, personnel soignant et autres personnes impliquées. Souvent, les décisions doivent être prises en peu de temps. Il est donc nécessaire que les membres de l'équipe de périnatologie trouvent au préalable un consensus sur la manière de procéder lors de telles situations. (22-26 SSW)", *Paediatrica*, vol. XIII (No 2), 2002, pp. 34-41 ou «Bull. des Médecins Suisses», 29/30, 2002, pp. 1586-1602.

³⁰ Come abbiamo visto, nel 1995 era stata varata un'unica Direttiva relativa alle cure delle persone in fin di vita, ma essa non teneva sufficientemente conto della situazione pratica. Perciò la FMH ha predisposto e approvato quattro direttive in funzione di contesti diversi che richiedono un'attenta valutazione da parte dei medici. Esse riguardano: 1) questioni dei limiti della medicina intensiva; 2) trattamento e assistenza di pazienti di lunga durata con lesioni cerebrali importanti; 3) trattamento e assistenza di pazienti anziani che necessitano di cure; 4) trattamento e assistenza di pazienti in fin di vita. I suddetti provvedimenti, riuniti nella *proposta N. 8.1/1*, sottoposta all'approvazione del Comitato centrale dell'ASSM, perché siano inserite nel Codice di deontologia della FMH sono stati approvati (a grande maggioranza, con un voto contrario e quattro astensioni). Cfr. *Protocollo della seduta ordinaria della Camera medica svizzera*, giovedì, 19 maggio 2005, Bea Bern Congress, Berna Annamaria Müller Imboden, segretaria generale FMH; Ursula Steiner-König, vicepresidente della FMH.

volontaria da quelli in altro modo giustificabili. L'Accademia si pone il problema di dare una risposta alle domande di fine della vita di coloro che non vedono altra soluzione che questa per porre fine alla loro sofferenza, e tuttavia si limita a occuparsi di quei malati per i quali la medicina ha acquisito la convinzione che si è imboccato un processo che porterà alla morte in qualche giorno o settimana⁵¹. I criteri che la Direttiva traccia si applicano ai neonati, ai giovani e agli adolescenti in fin di vita, oltre che a tutti gli altri pazienti. Il cardine della Direttiva è contenuto nel punto due e consiste nel diritto all'autodeterminazione. "Chaque patient a le droit de disposer librement de sa personne. L'information du patient ou de son représentant sur la situation médicale doit être précoce, complète et compréhensible, afin de permettre un choix éclairé. Cela suppose qu'une communication sensible et ouverte s'installe, et que le médecin soit prêt à informer tant des possibilités et limites de l'action curative que des soins palliatifs". La prima condizione è tuttavia che il paziente sia capace di intendere e di volere. I criteri per determinare la capacità di autodeterminazione sono desunti dall'articolo 16 del Codice civile, il quale dispone che la persona debba essere capace di capire le informazioni relative alle decisioni da prendere; di valutare correttamente una situazione e le conseguenze delle diverse opzioni; di valutare razionalmente un'informazione nel contesto di un sistema di valori coerenti, di fare liberamente una scelta. Non sfugge tuttavia la difficoltà di una scelta nel rispetto dei parametri suddetti quando vi sono da valutare elementi tecnico medici di non facile comprensione. La capacità di scelta deve esistere ovviamente al momento della decisione

⁵¹ "Ad 1. (Champ d'application). D'après cette définition, les patients en fin de vie doivent être distingués des patients souffrant de maladies incurables et évolutives dans la mesure où cette évolution peut s'étendre sur des mois voire des années. Par "signes cliniques" on entend l'ensemble des observations, comme par exemple la dégradation des fonctions vitales, des résultats objectivement défavorables et l'évaluation de l'état général, qui caractérisent le début du processus de la mort. Il convient toutefois de souligner qu'il n'est pas rare que les décisions médicales d'interruption ou de renoncement à un traitement coïncident avec le début du processus de la mort, de telle façon qu'il existe toujours une certaine zone d'ombre".

da prendere³². Comunque un trattamento medico attuato contro la volontà del paziente è inammissibile, anche quando la decisione del paziente di rinunciare al trattamento medico sembra contraria ai suoi interessi. Nel caso dei minori la capacità di esprimere la propria volontà non è direttamente legata alla maggiore età poiché si tratta di un diritto personalissimo. La questione del consenso si fa più delicata se il paziente non è più in grado di esprimere la sua volontà e pertanto sia il medico che il personale curante dovranno accertarsi se il paziente ha redatto delle direttive anticipate, che dovranno tuttavia essere pertinenti alla situazione concreta e ancora valide in quanto non si sono modificate nel tempo. Sembra di poter dedurre che deve trattarsi di una manifestazione di volontà specifica e recente. Il paziente potrebbe aver nominato un rappresentante terapeutico, la cui opinione diventa rilevante. Nel caso che esistano anche direttive anticipate, il rappresentante terapeutico dovrà agire in conformità a tali direttive. Il malato divenuto incapace potrebbe avere espresso le sue volontà ai parenti o potrebbe aver designato un rappresentante legale, ma non è raro che non abbia fatto niente di tutto questo. In questo caso dovrà essere ricercata la sua reale volontà, tenendo conto anche di persone, quali, ad esempio, il medico di famiglia³³.

Ma potrebbe esservi il caso in cui vi è necessità di un intervento di urgenza per effettuare il quale non vi è tempo sufficiente per espletare queste procedure garantiste. Sarà allora il medico che ha

³² Ad 2.2. (Patients incapables de discernement). La questione del paziente incapace di discernimento che non ha rappresentante legale e non ha designato un rappresentante terapeutico non è espressamente regolata dalla legislazione federale. Tuttavia sono rinvenibili a riguardo alcune disposizioni nella legislazione cantonale. Sul punto si veda anche la Direttiva: *Traitement et prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance, directives médico-éthiques et recommandations*.

³³ La volontà presunta corrisponde a quella che il paziente esprimerebbe verosimilmente se egli fosse ancora capace di intendere e di volere. Tale volontà può essere ricostruita sulla base di tutte le informazioni disponibili, dalla formulazione di direttive anticipate, dalla designazione di un rappresentante terapeutico, da altre dichiarazioni fatte anteriormente alla fase acuta della malattia, dalla sua stessa biografia. La Direttiva stabilisce poi che “les proches” per questo provvedimento “sont les personnes proches du patient, en particulier le conjoint ou le ou la partenaire, les enfants ou les parents et frères et sœurs”. Cfr. *ibidem*.

in cura il malato a decidere in accordo con gli interessi del paziente, adottando misure mediche o di cura alle quali si presume che, se il paziente fosse raziocinante, darebbe il suo consenso. La Direttiva approfondisce poi il caso dei bambini e degli adolescenti incapaci di intendere e di volere per i quali è determinante la capacità del rappresentante legale. Tuttavia, quando questi è un parente, diviene a volte difficile una decisione a causa del suo eccessivo coinvolgimento e allora, anche se la decisione terrà conto del suo consenso, il coinvolgimento dovrà essere attentamente valutato dall'*équipe* medica. La delicatezza di questi problemi può dar luogo a conflitti tra i diversi soggetti coinvolti, nel qual caso interverrà l'Autorità tutelare, ma in situazioni di urgenza potranno essere adottate anche misure contro il parere del rappresentante legale. In ogni caso i parenti non hanno alcun diritto decisionale, ma in caso di conflitto sarà opportuno ricercare il loro consenso³⁴. Il diritto all'autodeterminazione è tuttavia fortemente connesso al diritto del paziente di accedere alle cure palliative, che possono consistere in aiuti sia clinici che psichici, sociali o spirituali, volti a rendere possibile una migliore qualità della vita³⁵. Di particolare delicatezza è il ricorso alla sedazione, che

³⁴ *Ibidem*, ad. 2.2., 3.

³⁵ La Direttiva approfondisce l'analisi dei limiti della medicina palliativa, la sua influenza sulla durata della vita e il bisogno del personale di un continuo aggiornamento professionale sull'effetto di questo tipo di cure. Riteniamo significativo riportare integralmente per il carattere definitorio di tali disposizioni l'articolo che segue: ad 3.1. (Soins palliatifs) "*Limites de la médecine palliative*. Toute souffrance liée à l'agonie et à la mort n'est pas forcément évitable. Identifier certaines limites et y faire face fait partie intégrante de la prise en charge du patient et de ses proches. Si une situation particulièrement difficile pèse trop lourd sur l'équipe soignante, on peut faire appel à un soutien professionnel externe. *Influence sur la durée de vie*. L'effet accélérateur de substances actives sur la fin de la vie a été pendant longtemps surestimé. En général, les analgésiques et les sédatifs, quand ils sont employés correctement et dans le but exclusif de contrôler les symptômes dans la dernière semaine de vie, n'entraînent pas un raccourcissement du temps de survie. Les analgésiques et les sédatifs peuvent également être employés de manière abusive, pour provoquer le décès. Mais, dans la majorité des cas, on peut déjà, selon le dosage ou l'augmentation de la dose de médicaments, faire une différence entre l'atténuation de la douleur et des symptômes à des fins palliatives, et l'abrégement intentionnel de la vie. *Formation postgraduée et formation continue*. La prise en charge de patients en fin de vie présuppose des connaissances et compétences dans le domaine de la médecine, des soins et de l'accompagnement palliatifs".

da un lato può essere collocata all'interno della terapia del dolore, dall'altro può costituire indubbiamente una pratica di tipo eutanasi-co. Tale trattamento dovrà essere erogato sia nelle strutture di assistenza sia in ospedale o a domicilio. L'*équipe* medica dovrà preoccuparsi della sintomatologia, ma anche del sostegno dei parenti e, pertanto, a questa attività parteciperanno sia psicologi sia sociologi, sia persone in grado di fornire un sostegno spirituale. Rileva a riguardo che, nella gran parte dei casi, non si dispone di una presenza istituzionalizzata di ministri di culto negli ospedali né attraverso l'istituto della cappellania né mediante altre forme. Sarà quindi cura della struttura ospedaliera e/o assistenziale farsi parte attiva nell'invitare i congiunti del malato a provvedere alla ricerca delle persone in grado di fornire l'assistenza religiosa richiesta. Sarà invece obbligo della struttura consentire senz'altro l'accesso di queste persone e assicurare le strutture materiali che consentano lo svolgimento di eventuali riti. Come per tutti gli altri pazienti, in caso di morte va assicurato lo spazio necessario ai riti culturali e religiosi della famiglia, ma l'assistenza ai parenti dovrà andare al di là della morte del loro caro e dovrà accompagnarli nell'elaborazione del lutto³⁶.

Il trattamento medico adottato potrà esser interrotto quando i benefici terapeutici prevedibili non sono proporzionati alla qualità della vita del malato. L'*équipe* medica effettuerà un bilanciamento che riguarderà gli effetti della terapia, il dolore, la qualità della vita, i benefici per il malato, evitando l'accanimento terapeutico³⁷. Il rispetto della volontà del paziente trova un limite nell'adozione di

³⁶ Sul punto si veda F. CAMPIONE, *Perpatire. Un nuovo verbo per un nuovo inizio (saggi sull'altruismo)*, Armando Editore, Roma, 2006; ID., *Contro la morte*, Clueb, Bologna, 2003; ID., *RIVIVERE. L'aiuto psicologico nelle situazioni di crisi*, Clueb, Bologna, 2000; ID., *Guida all'assistenza psicologica del malato grave, del medico e della famiglia: ama il prossimo tuo come se stesso*, Pàtron, Bologna, 1986.

³⁷ La Direttiva si preoccupa di definire i casi nei quali si determina più frequentemente l'accanimento terapeutico: "ad 3.2. (Abstention ou arrêt thérapeutique). Les mesures destinées à préserver la vie comportent en particulier la réhydratation et l'alimentation artificielle, la respiration assistée et la réanimation cardio-pulmonaire. En fonction de la situation, l'administration d'oxygène, une médication, une transfusion sanguine, une dialyse ou une intervention chirurgicale doivent également être discutées". ASSM, Direttiva, *Traitement et prise en charge des personnes âgées*, cit.

misure inefficaci o inappropriate, incompatibili coi valori morali del medico, la deontologia e il diritto in vigore.

Ribadito il contenuto dell'articolo 115 del Codice penale, si chiarisce che non è un dovere del medico proporre l'assistenza al suicidio, ma il suo dovere è quello di alleviare le sofferenze che potrebbero essere all'origine del desiderio di suicidio. Ciò malgrado il paziente può mantenere il suo desiderio persistente di morire e il medico potrebbe in una situazione eccezionale accettare di aiutarlo. Ciò può avvenire a condizione che:

“ – La maladie dont souffre le patient permet de considérer que la fin de la vie est proche.

– Des alternatives de traitements ont été proposées et, si souhaitées par le patient, mises en oeuvre.

– Le patient est capable de discernement. Son désir de mourir est mûrement réfléchi, il ne résulte pas d'une pression extérieure et il est persistant. Cela doit avoir été vérifié par une tierce personne, qui ne doit pas nécessairement être médecin”³⁸. Tuttavia l'ultimo gesto che conduce alla morte deve essere compiuto personalmente dal paziente.

In linea generale il medico si deve rifiutare di porre fine alla vita del malato, anche quando la domanda di quest'ultimo è fondata e insistente, poiché la morte su domanda della vittima è punita dall'articolo 114 del Codice penale. Se la domanda di aiuto al suicidio viene formulata dai ricoverati in un istituto di cura per anziani in condizioni di dipendenza, dovrà essere applicata la Direttiva che concerne queste strutture. I dirigenti di una struttura possono vietare ai loro collaboratori di prestare assistenza al suicidio. A garanzia che non vi siano state forzature di alcun tipo nelle procedure e che siano state rispettate tutte le condizioni, il processo decisionale che accompagna l'assistenza al suicidio deve essere documentato nelle sue diverse tappe e il decesso che ne consegue deve essere classificato come avvenuto per cause non naturali. Il medico che ha prestato la sua assistenza al suicidio non può redigere il certificato di morte. Vi provvederà un altro medico.

L'Accademia, consapevole della rilevante deroga ai principi che sostengono l'attività del medico, chiude la Direttiva con una Raccoman-

³⁸ *Ibidem*, 4.1. Assistance au suicide, 5.

dazione alle Autorità sanitarie competenti, alle quali chiede di assicurare comunque le risorse sia finanziarie che umane per erogare cure palliative ai malati terminali, perché si eviti il ricorso al suicidio come strumento di regolamentazione della spesa sanitaria. Raccomanda, infine, di destinare risorse all'aggiornamento e alla formazione di tutte le categorie professionali che gestiscono il rapporto col paziente.

Dalla procedura appena descritta risulta completamente esclusa la magistratura, la quale interviene esclusivamente quando le Direttive emanate dall'Accademia e recepite dall'ordinamento come leggi suppletive vengono violate, derogando rispetto alla procedimentalizzazione prevista.

Siamo quindi di fronte a una norma caratteristica delle più recenti tecniche legislative, utilizzate in un numero crescente di paesi quando il legislatore, da un lato, non vuole rinunciare alla tutela di valori che fortemente incidono su convinzioni religiose, etiche, culturali, in quanto vuole garantire pace e coesione sociale, ma, dall'altro, si trova di fronte a richieste di spazi di autonomia di settori sempre più ampi di popolazione che rompono gli schemi preesistenti di appartenenza per rivendicarne uno proprio. È il caso delle leggi sull'aborto, sulla procreazione assistita, sull'eutanasia e di tutte quelle che coinvolgono la bioetica, che vedono un sempre più frequente ricorso all'autodisciplina, la quale è la sola compatibile con il pluralismo etico e la forte differenziazione socio-culturale che caratterizza le società "avanzate", che devono fare i conti non solo con differenti componenti della vita sociale, ma anche con problemi quali l'allungamento del tempo vita e la crescita dell'ospedalizzazione per le fasce più anziane della popolazione. Occorre, tuttavia, superare gli ostacoli costituiti dalle differenti opzioni in campo etico senza produrre una conflittualità eccessiva all'interno della compagine sociale, la quale si è spesso divisa, in tempi recenti, su questioni di carattere etico³⁹. Ciò è avvenuto non

³⁹ Si veda a riguardo le riflessioni di M. VENTURA, *Laicità e fattore religioso in bioetica*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 67-79, il quale sottolinea l'importanza dell'approccio laico ai problemi della bioetica, pur senza ignorare l'importanza e il peso del fattore religioso nel determinare i comportamenti sia dei singoli, sia dei gruppi.

solo in Italia con leggi come quella dell'aborto e della procreazione medicalmente assistita che hanno dato luogo a referendum, ma pure in Svizzera dove anche per queste materie – e a maggiore ragione viste le caratteristiche dell'ordinamento elvetico – si è fatto ricorso all'istituto referendario. Nel corso della nostra ricerca abbiamo sottolineato come proprio l'utilizzazione dell'autodisciplina per regolamentare il fenomeno consente, nel rispetto del pluralismo etico, di ricorrere al pluralismo normativo e giuridico, allargando così il tasso di "elasticità e permeabilità" del sistema giuridico del paese. Il risultato è certamente quello di una maggiore tenuta sociale e di un più sostanziale rispetto del principio di legalità. L'attenzione del legislatore elvetico per questi strumenti, peraltro tipici e più agevoli da usare negli ordinamenti federalizzati, è molto puntuale, al punto da costruire categorie sistematiche per meglio definire le procedure di procedimentalizzazione che hanno effetti esimenti in ordine al reato.

4. *La "procedimentalizzazione deontologica" come garanzia di trasparenza e di rispetto della volontà della persona*

L'approvazione della legge olandese del 2000 in materia di eutanasia stimola la ripresa del dibattito anche in Svizzera⁴⁰, a testimonianza dell'accentuarsi del fenomeno della "circolarità del diritto" e a dimostrazione dell'inserimento della Svizzera nella cerchia di quei paesi all'avanguardia nella discussione su queste tematiche, confer-

⁴⁰ La Commissione ha esaminato e approvato l'iniziativa parlamentare depositata il 27 settembre 2000 dal consigliere nazionale Cavalli, tesa a modificare le disposizioni del Codice penale svizzero in materia di eutanasia attiva diretta nei confronti di una persona in fin di vita affetta da una malattia incurabile, nel caso in cui l'attore agisca per mettere fine a sofferenze insopportabili e non altrimenti alleviabili. Nel suo lavoro la Commissione utilizza largamente *Rapport relatif à la situation aux Pays-Bas de 1990 à 1995*, pubblicato in *The New England Journal of Medicine*, volume 335, numéro 22, 2000; *Medical End-of-life Decisions: Attitudes and Practices in 6 European Countries*. <http://www.onderzoekinformatie.nl/en/oi/nod/onderzoek/OND1282084/>.

mando una tendenza già manifestatasi in occasione dell'iniziativa Ruffy, alla quale peraltro la proposta Cavalli si richiama⁴¹.

La proposta viene formulata dal consigliere nazionale Franco Cavalli, il quale chiede che venga predisposto un nuovo testo degli articoli del Codice penale relativi all'eutanasia attiva. La nuova regolamentazione dovrebbe basarsi sulle proposte della maggioranza del gruppo di esperti *Assistance au Décès*, istituito dal Consiglio Nazionale a conclusione della procedura avviata dal consigliere Ruffy. In particolare le norme da modificare dovrebbero essere l'articolo 115 e l'articolo 114 alinea 2 del Codice penale. Il 14 marzo 2001 vengono depositate due ulteriori iniziative legislative.

La prima presentata, da Dorle Vallender, vuole integrare l'iniziativa Cavalli in particolare relativamente all'eutanasia praticata nelle case di cura. Essa concerne la modifica dell'articolo 115 c.p., a riguardo del quale si chiede di rendere in altro modo il termine suicidio⁴². L'incitamento al suicidio sarà punito in tutti i casi, mentre l'assistenza al suicidio sarà punita, come avviene attualmente, in presenza di un motivo egoistico oppure nel caso venga prestata a un incapace, anche in presenza di una sua precedente richiesta verbale. Il momento determinante per compiere questa valutazione è quello nel quale si verifica l'evento. Eccezionalmente sia l'incitamento sia l'assistenza, anche nel caso di un incapace, non è punibile se l'autore è un membro della famiglia o un collaboratore della vittima, mossi unicamente dalla pietà. L'assistenza al suicidio di una persona capace avrà la stessa regolamentazione e saranno punibili sia i medici che il personale di cura legato da una relazione professionale col paziente. I membri delle associazioni di aiuto al suicidio saranno non punibili solo a certe condizioni e pertanto la loro attività dovrà essere regolamentata⁴³.

⁴¹ Sul dibattito svoltosi in Commissione si veda: 00.441 n. lv. pa. Cavalli, *Caractère répréhensible de l'euthanasie active*. Nouvelles dispositions, Rapport de la Commission des affaires juridiques du 2 juillet 2001.

⁴² Le terme allemand de "Selbstmord" (suicide) sera remplacé par celui de "Selbsttötung". Cfr. D. VALLENDER, *Aide au suicide et tourisme du suicide*, Motion 02.3500, depositata il 30.09.2002 al *Conseil national*.

⁴³ *Ibidem*. "Activités soumises au régime de l'autorisation, réglementation de la procédure pour prévenir les abus, surveillance de l'Etat, voire interdiction générale de l'assistance au suicide dans les hôpitaux, les maisons de retraite et les établissements médicosociaux".

La seconda, presentata il 3 ottobre 2001 da Guido Zäch, fa riferimento alle Direttive dell'Accademia e si chiede se esse debbano essere precedute da una legge o da previsioni del Codice penale. Si raccomanda, inoltre, di proporre al Parlamento un insieme di misure specificamente destinate a promuovere lo sviluppo della medicina palliativa.

In risposta al postulato Ruffy e al rapporto del Dipartimento Federale di Giustizia e Polizia del 1999, rileva che né l'eutanasia attiva indiretta né l'eutanasia passiva sono regolate dalla legge. Si tratta di colmare questo vuoto legislativo e di superare le Raccomandazioni dell'Assm in nome della certezza del diritto e dell'uguaglianza davanti alla legge, continuando a vietare l'eutanasia attiva diretta. Poiché allo stato non sono emerse delle proposte concrete, il dibattito dovrà proseguire giungendo a formulare una nuova stesura della norma penale e prendendo in considerazione sia le competenze della Federazione relative al personale medico sia quelle cantonali, al fine di promuovere in tutto il paese la medicina palliativa. La mozione raccomanda infine una discussione globale davanti al Parlamento e perciò il Consiglio Federale la recepisce sotto forma di postulato. Così il dibattito cessa nel Consiglio Federale e si sposta nel Parlamento⁴⁴.

In attesa della discussione parlamentare, il dibattito viene ripreso da una nuova mozione presentata da Dorle Vallender il 30 settembre 2002 dal titolo "Aiuto al suicidio e turismo del suicidio". L'obiettivo principale, ancora una volta, era quello di giungere ad una nuova formulazione dell'articolo 115 o emanare una legge-quadro che tenesse conto dei recenti sviluppi nel campo del suicidio assistito. Vallender chiedeva, in primo luogo, di restringere la pratica del suicidio assistito alle sole persone domiciliate in Svizzera⁴⁵. In secondo luogo le organizzazioni come *Exit* e *Dignitas* dovevano essere sottoposte ad un "regime di autorizzazione", in modo da impe-

⁴⁴ L'iniziativa Cavalli viene esplicitamente abbandonata col voto del Consiglio dell'11 dicembre 2001. Si veda *Caractère répréhensible de l'euthanasie active*. Nouvelles dispositions, Iniziative parlementaire, 00.441, discussa il 2 juillet 2001.

⁴⁵ D. VALLENDER, *Aide au suicide et tourisme du suicide*, cit.

dire abusi⁴⁶. Similmente a quanto disposto dalla legge olandese, la mozione caldeggiava la presenza di due medici, tra loro indipendenti, col compito di verificare il costante e reiterato desiderio di porre fine alla propria vita da parte del malato terminale, nonché la sua capacità di autodeterminazione⁴⁷. Infine proponeva il divieto alle organizzazioni di aiuto al suicidio di farsi pubblicità.

Nello sviluppare le sue argomentazioni Vallender denunciava il proliferare delle organizzazioni di questo tipo in Svizzera e lo svilupparsi di una sorta di turismo del suicidio, stimando che nel paese vi erano dai 300-400 casi in un anno e che, nel 2001, 38 stranieri a Zurigo e 20 a Berna avevano fatto ricorso all'assistenza al suicidio⁴⁸. Pertanto egli proponeva l'adozione di una legge con la quale limitare l'attività delle organizzazioni di aiuto al suicidio, attraverso controlli sulla loro attività, su coloro che ne facevano parte, sull'effettiva esistenza di un motivo non egoistico nel loro operato, in modo da evitare che le città svizzere divenissero luogo di destinazione di turismo suicida. Di questa proposta colpisce l'impostazione generale che si caratterizza per l'introduzione di un regime di autorizzazione-concessione ad operare nei confronti delle associazioni private di aiuto al suicidio, peraltro coerente con il principio di sussidiarietà, e per l'estensione dei controlli al personale medico, stabilendo anche una moratoria per l'interessato, in modo da poter consentire l'eventuale ripensamento. Sulla mozione si pronunciava il Consiglio Federale il 29 novembre 2002, rilevando che la precedente mozione Zäch non era ancora stata presa in esame dal Consiglio di Stato, ma tuttavia era stata trasformata in postulato. La questione sollevata doveva essere affrontata pertanto in un quadro di insieme, ragion per cui

⁴⁶ *Ibidem*. "Les organisations d'aide au suicide doivent être soumises à une obligation d'enregistrement et au régime de l'autorisation, de manière à éviter les abus".

⁴⁷ "Deux médecins (dont éventuellement un médecin officiel qui compléterait l'appréciation du médecin traitant) devront constater de manière indépendante la constance du désir de mourir et la capacité de jugement de la personne aspirant au suicide". Questa scelta era già presente nella legge olandese del 1994: Cfr. in tal senso il questionario in coda all'articolo di G. CIMBALO, *La società olandese*, cit., pp. 50-52.

⁴⁸ D. VALLENDER, *Aide au suicide et tourisme du suicide*, cit.

anche questa mozione veniva trasformata in postulato. Stesso esito aveva la mozione presentata da Alexander J. Baumann, trasformata anch'essa in postulato.

Ma un postulato presentato dal parlamentare Hans Widmer, che sviluppava le sue richieste muovendo dalla constatazione che la Svizzera è uno dei paesi al mondo con il più alto tasso di suicidi, era destinato ad ottenere maggiori effetti⁴⁹ e dava luogo nel 2005 alla pubblicazione di un rapporto dal titolo *Suicidio e prevenzione del suicidio in Svizzera*⁵⁰, che utilizza i dati contenuti nel rapporto al Consiglio d'Europa sull'eutanasia in numerosi paesi, pubblicato nel 2004 e redatto dal parlamentare Dick Marty. Marty propose di depenalizzare, a determinate condizioni, l'eutanasia attiva e passiva in Europa. Solo in Belgio e in Olanda questo argomento è stato, infatti, affrontato, mentre nei restanti paesi ancora oggi rimane un argomento "proibito"⁵¹. Marty affermò la necessità di giungere ad una regolamentazione. Vi è, infatti, una netta contrapposizione tra la realtà, in cui i casi di eutanasia si moltiplicano velocemente, e il sistema legale, ancorato invece a vecchi schemi. Ciò che Marty chiese fu analizzare le informazioni relative all'eutanasia all'interno di ogni singolo paese, per procedere così ad una seria discussione su questo problema. Per evitare che la proposta fosse rigettata dal Parlamen-

⁴⁹ J.A. BAUMANN, *Interdire le "tourisme du suicide" en Suisse*, Motion, 02.3625, Déposé au Conseil national, date de dépôt, 04.10.2002.

⁵⁰ *Développement. Le taux de suicides élevé que connaît la Suisse est inquiétant. Le Conseil fédéral a déjà été invité, dans le cadre de diverses interventions parlementaires* (ROBBIANI, *Suicides d'enfants et d'adolescents*, Question ordinaire, 84.665; H. WEYENETH, *Prévention du suicide*, Interpellation, 95.3182; Gross Andreas, *Suicides et tentatives de suicide*, Interpellance 03.3341 Statistiques), "à intervenir dans ce domaine. En réponse à l'interpellation Weyeneth, le Conseil fédéral a en particulier indiqué qu'il reconnaissait l'importance du problème, et il a souligné les efforts entrepris par l'Ofsp et les cantons. Compte tenu du fait que, en 1997, 8,8 pour cent des décès survenus dans la catégorie d'âge des 15 à 64 ans étaient dus au suicide, on ne saurait dire que les mesures prises ont été particulièrement fructueuses. Dans le cas des accidents de la circulation et du sida, la Confédération a mené, à juste titre, des campagnes intensives. La mort par le suicide est toutefois une cause de décès plus fréquente dans la catégorie d'âge précitée que le sida ou les accidents. Il est donc impératif que la Confédération agisse dans ce domaine".

⁵¹ *Suicidio e prevenzione del suicidio in Svizzera, Rapporto in esecuzione del postulato Widmer* (02.3251), aprile 2005; Mr Dick Marty, *Report Social, Health and Family Affairs Committee Rapporteur*, 10 September 2003.

to, Marty decise di non sottoporla ai voti. Un'eventuale votazione non avrebbe certamente risolto in maniera positiva la situazione. La paura di abusi in seguito alla depenalizzazione dell'eutanasia, la convinzione di andare contro la tutela della vita, le dottrine religiose o l'etica medica sono argomenti di grande valore per la maggioranza delle persone, al punto da far preferire di rimanere in silenzio e non toccare l'argomento.

Il dibattito si è così ancora una volta spostato sui temi generali, coinvolgendo associazioni di diverso orientamento, parlamentari, opinione pubblica, mentre la società svizzera si interroga sull'opportunità di un intervento legislativo e sulla modifica del Codice penale⁵². Le modalità con le quali gli orientamenti emersi nel dibattito all'interno del Consiglio d'Europa e le sentenze della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo hanno inciso sulle scelte della società svizzera sono testimoniate da quanto abbiamo scritto e rilevato a proposito della riforma costituzionale. Non si può dimenticare che la Svizzera ha firmato nel 1974 la "Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" e ha deciso, accettandone sia la giurisdizione obbligatoria sia il diritto di ricorso individuale, di uniformarsi alle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁵³. Malgrado

⁵² Queste considerazioni sfuggono a chi ha provveduto ad una ricostruzione degli aspetti comparati del problema attraverso la mera riproposizione della più recente legislazione vigente priva di un sufficiente apparato bibliografico che permettesse di contestualizzare le norme commentate. In tal senso si veda: C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Jovene, Napoli, 2004, pp. 260-348.

⁵³ In risposta al postulato, l'UFSP ha redatto il rapporto sul suicidio e la sua prevenzione in Svizzera. Nel contempo, l'Istituto di diritto pubblico dell'Università di Berna è stato incaricato di esaminare le basi costituzionali e legali della Confederazione nel settore della prevenzione del suicidio. Nel rapporto sono stati integrati i risultati di questa perizia legale, nonché le conoscenze acquisite in seguito a un'indagine condotta, nel quadro della prevenzione del suicidio in Svizzera, insieme all'associazione IPSILON (Iniziativa per la prevenzione del suicidio in Svizzera). Il 7 aprile 2005 il Gruppo per il dialogo sulla politica nazionale svizzera della sanità ha deciso di non realizzare il progetto di strategia nazionale per la protezione, la promozione, il mantenimento e il ripristino della salute psichica in Svizzera elaborato nell'ambito delle sue attività, ma di metterlo

l'adeguamento costituzionale del 2000⁵⁴, su questioni come quella eutanassica prevale il tradizionale atteggiamento isolazionista dell'ordinamento elvetico che appare spesso impermeabile, come più volte abbiamo segnalato, a stimoli e influenze che provengono dall'esterno del paese. La struttura federale, il ruolo assegnato alle istituzioni cantonali, soprattutto assembleari fa discendere orientamenti e scelte generali dal comune sentire delle popolazioni e dalle opinioni che si determinano in quel microcosmo costituito da tante realtà socio-culturali ben radicate nel territorio e dotati di sicuri riferimenti a matrici culturali, religiose ed etiche comuni. Per questo motivo le vicende giuridico istituzionali relative all'eutanasia sono condizionate più dai fattori endogeni che da un dibattito sulle questioni di fine vita che ormai coinvolge tutti i paesi del mondo, sia pure con modalità, tempi e scelte diversi. Non vi è dubbio che la società svizzera si caratterizza per una notevole capacità di assimilazione delle diverse componenti della popolazione immigrata e ciò grazie all'estrema prudenza e alla grande lentezza con la quale si concede, diluendo all'estremo i tempi, l'accesso di nuo-

semplicemente a disposizione degli attori interessati quale quadro di riferimento. È inoltre stato deciso che la Confederazione e i Cantoni proseguiranno in modo pragmatico i progetti pilota avviati nel contesto dell'elaborazione della strategia nazionale (ad esempio la creazione di associazioni contro la depressione nei Cantoni di Zugo e Berna). Di conseguenza, il 15 settembre 2005 i comitati direttivi della Confederazione e dei Cantoni hanno deciso di continuare a sostenere, sia sul piano tecnico che finanziario, il trasferimento delle conoscenze e delle esperienze delle associazioni contro la depressione dei Cantoni di Zugo e Berna. Secondo il programma elaborato dalla Confederazione, d'intesa con la Cds, i lavori sarebbero proseguiti nel 2006. La Confederazione, in collaborazione con l'Osservatorio svizzero della salute, intende inoltre migliorare le basi di dati e di informazioni nel settore della depressione e dei suicidi. A seguito di queste iniziative il Consiglio federale ha deciso di cancellare dal ruolo il postulato. 2002 P 02.3248 *Depressione. Ricerca delle cause e campagna d'informazione* (N 4.10.02, Dormann Rosmarie).

⁵⁴ Sulle posizioni in materia di bioetica assunte dal Consiglio d'Europa e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, cfr. M. VENTURA, *Il terzo simposio di bioetica del Consiglio d'Europa: note critiche*, in «L'Arco di Giano», 13, 1997, pp. 172-175; ID., *Nuovi scenari nei rapporti tra diritto e religione: il ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «Rivista critica del diritto privato», 3, 2002, pp. 461-471; ID., *La Costituzione europea cambierà la medicina?*, in «Janus», 17, 2005.

vi membri nella comunità, dotandoli di quei pieni poteri che sono ad essi attribuiti dal possesso della cittadinanza⁵⁵. La caratterizzazione personalistica dell'ordinamento prevale ancora una volta a dispetto dei tentativi di immettere anche la Svizzera in un circuito virtuoso che porta gli altri ordinamenti europei a trovare, sia pure nella diversità, momenti di convergenza.

5. *Eutanasia come parte del trattamento terapeutico di fine vita e protezione giuridica del suicidio nei sistemi personalistici*

L'allungamento della durata della vita dovuto al miglioramento del tenore e delle condizioni di vita, almeno nei paesi a più alto sviluppo economico e sociale, i progressi delle scienze mediche hanno introdotto notevoli cambiamenti nelle dinamiche che caratterizzano la fine della vita. Non è infrequente che si assista a un lento, anche se inevitabile, deteriorarsi della vita e delle condizioni fisiche generali, combattuto dal punto di vista estetico con pratiche ripetute di *lifting* a tutti i livelli e dal punto di vista funzionale con il ricorso ai trapianti, a volte di più organi.

Ne risulta un processo di invecchiamento rallentato, anche se progressivo, e una crescita della resistenza alla morte, che a volte passa per una sopravvivenza in puro stato neurovegetativo, quando non di coma farmacologico indotto, in attesa che si possa forse intervenire in modo risolutivo con tecniche che consentano un ripristino, sia pur parziale, della vita del paziente. Non è infrequente che questi diversi stadi di "vita" si accompagnino a sofferenze intense o addirittura ad uno stato di inabilità pressoché permanente, a volte irreversibile, che ci portano ad interrogarci sul significato e sul senso del vivere e che possono indurre a ritenere opportuno cessare di vivere.

Per rispondere a queste circostanze i legislatori di alcuni paesi hanno finito per configurare l'intervento eutanasico sul malato ter-

⁵⁵ Il rapporto tra le modifiche costituzionali e la giurisprudenza del Tribunale federale, fortemente condizionato dalle maggiori garanzie previste dagli accordi internazionali sottoscritti dalla Svizzera, è sottolineato da S. CECCANTI, *I diritti fondamentali nella nuova Costituzione svizzera*, cit., p. 47 e ss.

minale come parte, sia pure estrema, del trattamento sanitario, con la conseguenza che se l'atto eutanasi viene così classificato, esso può essere scelto dal paziente e lecitamente praticato dalla classe medica.

In quanto alla scelta del paziente questa può essere attuale o futura, praticata attraverso la redazione di un testamento di vita o la nomina di un procuratore terapeutico, e rientra comunque negli atti di disposizione del proprio corpo, generalmente tutelati anche costituzionalmente come parte integrante del diritto alla salute, regolabili attraverso le norme del Diritto civile. In quest'ottica potrebbe configurarsi anche un diritto a non soffrire inutilmente, esercitabile attraverso la scelta della cura più idonea da parte del malato⁵⁶.

Sulla base di queste considerazioni, ordinamenti⁵⁷ come quello olandese, quello australiano e infine quello belga hanno "aperto" alle pratiche eutanasiche. Ma tali ordinamenti possedevano già al loro interno una "chiave" attraverso la quale rimettere in discussione i principi che regolano le modalità di accesso ai trattamenti sanitari.

Intendiamo riferirci, ad esempio, all'articolo 40 del Codice penale olandese, il quale stabilisce che, in caso di conflitti nell'esercizio dei propri doveri, "Non è punibile colui che commette un fatto al quale egli è costretto a causa di forza maggiore". Ciò ha consentito ai giudici olandesi

⁵⁶ Assume una rilevanza estrema in questo contesto l'attività delle confessioni religiose e dei diritti religiosi di veicolare valori e scelte etiche. Sul punto si veda ancora M. VENTURA, *Diritto, religione e bioetica in una società multiculturale*, in V. MENESINI (a cura di), *Interfaccia tra bioetica e diritto*, Università degli Studi, Perugia, 1998, pp. 145-199; ID., *Un diritto per il fenomeno religioso. Strumenti e idee in un nuovo contesto*, in R. DE VITA, F. BERTI (a cura di), *Pluralismo religioso e convivenza multiculturale*, Franco Angeli, Milano, 2003, pp. 471-480.

⁵⁷ Una tale scelta non sarebbe praticabile nel nostro ordinamento. Vi si oppone, tra l'altro, l'articolo 5 del c.c., di cui si ammette l'operatività anche in campo penalistico a proposito di trapianti, trasfusioni, prelievo di parti di cadaveri a scopo terapeutico, rettifica o mutamento di sesso ecc. La norma stabilisce che "gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume".

Per tutti si veda: S. CANESTRARI, *Delitti contro la vita*, in S. CANESTRARI, A. GAMBERINI, G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, F. SGUBBI, L. STORTONI, F. TAGLIARINI, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Monduzzi, Bologna, 2003³, pp. 309-316 in particolare, pp. 328-344.

desi di non punire quei medici che, su richiesta del paziente e di fronte alle sue sofferenze, avevano eseguito interventi eutanasi, aprendo così la strada a un'attività selettiva della giurisprudenza di quel paese in materia. Importante è stato, inoltre, il contributo fornito dall'Accademia Svizzera delle Scienze Mediche, la quale, da parte sua, ha messo a disposizione tutta l'esperienza maturata nel trattamento dei casi concreti. Si è così sedimentata negli anni una giurisprudenza dalla quale il Parlamento, nel momento in cui si è trovato di fronte alla necessità di intervenire legislativamente, ha potuto espungere una casistica sulla cui base è stata poi modellata la procedimentalizzazione in campo eutanasi⁵⁸. In effetti sia il questionario allegato alla legge che modifica l'articolo 10 della legge sull'esecuzione funeraria (*Wet op de lijkbezorging*) sia quello attualmente vigente, come pure le procedure adottate, sono scaturiti da quella lunga attività giurisprudenziale che ha avvicinato l'ordinamento olandese al *modus operandi* di un ordinamento di *common law* e l'attività svolta dalle commissioni parlamentari di studio⁵⁹. Ciò che colpisce di tale procedura è l'impegno alla discussione di tutta la società su questioni riguardanti la vita e la morte, non mediante la partecipazione a

⁵⁸ Anche l'ordinamento danese, pur prevedendo agli articoli 239 e 240 del c.p. la condanna in caso di omicidio su richiesta della vittima e di aiuto al suicidio, consente agli articoli 84 e 85 dello stesso Codice che la sanzione possa essere attenuata o addirittura non erogata se l'attore ha agito sotto l'influenza di una forte emozione. G. CIMBALO, *Eutanasia, cure palliative*, cit., pp. 8-9.

⁵⁹ In pratica i medici si impegnano a fare emergere dal sommerso l'eutanasia praticata di fatto. Poiché in Olanda non vi è per il Pubblico Ministero l'obbligo dell'azione penale, il Governo può invitare la Magistratura a non perseguire taluni reati o ad applicare pene lievi in modo da sperimentare nuove "linee di politica del diritto". Il risultato è un'applicazione prudente della norma penale che contribuisce ad elaborare nuove norme a fronte di comportamenti delittuosi fino ad allora rimasti ignoti. Tutte le parti (medici, giuristi, politici) hanno la consapevolezza che la pratica dell'eutanasia è molto diffusa e piuttosto che ignorare il fenomeno, preferiscono elaborare pragmaticamente linee di intervento che consentano di controllarlo. G. CIMBALO, *Eutanasia, cure palliative*, cit., p. 11 e ss.; A. RICCI ASCOLI, *L'opera creativa della giurisprudenza olandese in tema di eutanasia attiva e di suicidio assistito*, «Dir. Pen del XXI sec.», 2002, p. 119 e ss.; S. VINCIGUERRA, A. RICCI ASCOLI, *Il diritto giurisprudenziale olandese in tema di eutanasia attiva e suicidio assistito*, in G. FIANDACA (a cura di), *Sistema penale in transazione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Cedam, Padova, 1997, p. 85 e ss. Sul ruolo svolto dalla Magistratura olandese si veda: P.J. VAN DER MAAS, J.J.M. VAN DELDEN, L. PIJNENBORG, *Medische beslissingen rond het levenseinde: het onderzoek voor de Commissie Onderzoek Medische Praktijk inzake Eutanasie*, 'sGravenhage, 1991.

momenti elettorali, ma attraverso una sofferta riflessione che coinvolge i principi etici e tutti i formanti culturali del paese.

Per alcuni versi più agevole è stato il percorso compiuto dall'ordinamento australiano nel redigere il *Rights of Terminally III Act* del 1995 a causa della tendenza presente negli ordinamenti di *common law* a inquadrare il diritto alla morte nell'ambito dei diritti soggettivi, riconosciuti a tutti gli esseri umani, esercitato con assoluta libertà di scelta, perché collocabile tra gli atti di disposizione relativi alla tutela della salute dell'individuo⁶⁰. Una volta identificata l'eutanasia come un trattamento sanitario non vi sono state difficoltà a consentire di accedervi non solo ai cittadini ma anche agli stranieri perché l'accesso alle cure mediche non può essere negato ad alcuno, in quanto la tutela della salute può e deve essere ricompresa tra i diritti della persona⁶¹.

Memore di questo dibattito, per effetto di quel fenomeno che abbiamo definito come "circolarità del diritto", particolarmente forte in questa fase di grande accelerazione dei processi di globalizzazione e della notevole e istantanea possibilità di trasmissione anche di dati giuridici attraverso la rete *internet*, il legislatore belga ha trovato più agevole intervenire in materia di eutanasia, forte della consolidata e sperimentata applicazione nel paese del pluralismo etico⁶².

Per questo motivo la legge belga all'articolo 2 stabilisce che debba intendersi "par euthanasie l'acte, pratiqué par un tiers, qui met intentionnellement fin a la vie d'une personne a la demande de celle-ci". Si ha così modo di definire il campo di azione della norma con un'accentuazione della scelta ideologica operata a favore di un ruolo attivo del medico nel compimento dell'atto eutanasico. Si tratta di una scelta ideologica e il diritto alla vita è inteso come diritto sogget-

⁶⁰ G. CIMBALO, *La società olandese*, cit., pp. 50-52. Per un bilancio H.M. DUPUIS, *Euthanasia in the Netherlands: 25 years of experience*, in «Legal Medicine», 5, 2003, S60-S64.

⁶¹ Sugli aspetti teorici del problema: N. LUHMANN, *Diritti soggettivi. Mutamenti nella coscienza giuridica per la società moderna*, in «Sociologia e politiche sociali», 4, 1, 2001.

⁶² F. BOTTI, *Una legge contestata*, cit., p. 209 e ss.; V. POCAR, *Nota di commento alla legge*, in «Bioetica», 2, 1996, pp. 359-360; G. FRAVOLINI, A. CONTI, *Eutanasia: esperienze offerte dalla normativa australiana e olandese*, in «Difesa sociale», 3, 1997, p. 96 e ss.

tivo sul quale l'individuo, e non altri, esercita tutti gli atti di disponibilità. Il diritto alla vita è un diritto soggettivo proprio che può essere esercitato nell'ambito di una procedura definita e a determinate condizioni fissate dalla legge. Fuori di questi casi, anche in questo ordinamento, l'aiuto al suicidio e l'omicidio del consenziente restano reati perseguiti dal Codice penale⁶³.

L'ordinamento svizzero, malgrado le sue prudenze e incertezze, si trova in una situazione ancora diversa. Vi è una resistenza molto forte ad affrontare legislativamente il problema, tanto che, come abbiamo visto, l'eutanasia non trova posto nella riforma costituzionale che pure si occupa di tutti gli altri problemi di bioetica e in particolare quelli connessi alla nozione stessa di vita⁶⁴. La natura personalistica dell'ordinamento non può, d'altra parte, sottrarsi al fatto di considerare pieno il diritto di ognuno sul proprio corpo, al punto da consentire il suicidio assistito, a condizione che non vi siano motivi egoistici alla base di tale aiuto, spingendosi in un ambito nel quale nessun altro ordinamento si è mosso con tanta decisione e risolutezza. E tuttavia c'è forse ancora quel solenne richiamo del preambolo della Costituzione a Dio onnipotente a fare da freno a una legislazione in materia di procedure

⁶³ Per un commento: W. DE BONDT, *La nouvelle loi belge relative à l'euthanasie : la consécration de l'autonomie individuelle*, in «Revue de droit international et de droit comparé», 2003, pp. 233-246. J. MASSION, *Les lois belge et néerlandaise sur l'euthanasie*, in «Revue générale de Droit médical-Les Etudes hospitalières-Editions à Bordeaux», *L'éthique et la mort*, numéro spécial 2004, pp. 207-220; H. NYS, *Euthanasia in the Low Countries. A comparative analysis of the law regarding euthanasia in Belgium and in the Netherlands*, in «Ethical Perspectives», 9, 2-3, 2002, p. 75 e ss.; T. MEULENBERGS, P. SCHOTSMANS, *Law-making. Ethics and Hastiness. The debate on euthanasia in Belgium*, in «Ethical Perspectives», 9, 2002, pp. 86-95.

⁶⁴ Si occupano dell'aiuto al suicidio e dell'omicidio del consenziente gli articoli 393-397 c.p. belga. Cfr. A. JACOBS, A. MASSET (a cura di), *Droit pénal Belgique*, La Charte, Bruxelles, 2005; M.A. BEERNAERT, *Code pénal: textes au 1er août 2005*, Bruylant, Bruxelles, 2005⁷. Su questa scelta dell'ordinamento belga si sono pronunciati criticamente: *Déclaration des Evêques de Belgique sur l'euthanasie du 16 mai 2002*, in «Pastoralia», 6, 2002, p. 156. A proposito degli aspetti etici del problema: M. DEPUIS, *La dimension éthique du problème de l'euthanasie*, in «Louvain Medical», numéro spécial 121, 2002, S140-144; J.M. LONGNEAUX, *L'euthanasie, un an après la loi*, numéro spécial 32, in «Rev. Ethica Clinica», décembre 2003, de la Fédération des Institutions hospitalières de Wallonie, asbl. et H. NYS, *Euthanasia in the Low Countries*, numéro spécial in «Ethical Perspectives. Journal of the European Ethics Network», 9, 2-3, 2002, pp. 73-85.

eutanasiche che, al punto in cui sono giunte le cose, non si vede come possa essere emanata⁶⁵. Ma probabilmente lo sarà dopo una lunga fase di discussione che non può dirsi ad oggi conclusa e, se ciò avvenisse, il provvedimento avrà comunque caratteristiche del tutto peculiari rispetto alle esperienze maturate negli altri paesi. Al momento tutto indica che il ricorso alla legge sarà evitato, ma per comprendere appieno tale scelta manca, in Svizzera, forse una più attenta riflessione sugli istituti di diritto privato che presiedono all'esercizio dei diritti del malato, soprattutto quando questi riguardano pratiche di fine vita e che raggiungono un sempre più alto livello di definizione. Lo sforzo è quello di raffinare gli strumenti giuridici attualmente disponibili, indagando e risolvendo il problema della proiezione della volontà della persona al di là di se stessa, oltre la fase senziente e responsabile della vita; si tratta, al tempo stesso, di ritrovare una dimensione collettiva all'interno della quale vivere le pratiche di fine vita, superando il principio che lo Stato non può ostacolare un contratto liberamente sottoscritto tra due privati capaci di intendere e di volere, poiché esiste comunque uno spazio lasciato all'autodisciplina.

Perché le autorità pubbliche possano intervenire occorre che il negozio si "consumi" fuori dall'ambito privato, si svolga, ad esempio, nelle strutture sanitarie, luogo nel quale un altro soggetto, il medico, che rappresenta l'autorità pubblica, è legittimato a intervenire. Un luogo insomma nel quale il contratto vive, a condizione che assuma le leggi di quel territorio, un territorio nel quale l'autodisciplina non può giocare un ruolo escludente, ma nel quale deve fare i conti con il sentire sociale.

Occorre perciò che il legislatore dedichi ogni attenzione all'indagine sul contratto, sia che si tratti di nomina di un procuratore terapeutico sia che si affronti il problema della capacità di intendere e di volere o che ci si pongano domande sulla validità e l'efficacia del testamento di vita, o ancora che si scelga di far prevalere la qualità della vita sulla vita comunque vissuta.

⁶⁵ *Infra*, cap. III. 1.

⁶⁶ Sui riferimenti alla divinità presenti nei preamboli delle costituzioni europee si veda G.M. DENTE, *La religione nelle costituzioni europee vigenti*, Giuffrè, Milano, 1980.



CAPITOLO IV

IL TESTAMENTO DI FINE VITA E LA FIGURA DEL PROCURATORE TERAPEUTICO NEL DIRITTO ELVETICO

1. *Il diritto ad una morte dignitosa*

La proposta d'inserire in un atto avente valore legale disposizioni relative alle cure da ricevere nella fase finale della vita nasce in California nel 1938, elaborata dall'ADMD (*Association pour le Droit de Mourir dans la Dignité*), e, questo atto, prende il nome di *living will*. Tuttavia l'esplicito richiamo all'eutanasia, contenuto nel nome della stessa Associazione, raccoglie numerose critiche e attira gli attacchi dei più strenui oppositori della pratica eutanasi¹. L'Associazione conduce una tenace battaglia legale, soprattutto negli Stati Uniti, per la legalizzazione delle direttive anticipate e per la tutela

¹ A. BONDOLFI, *Svizzera. L'accompagnamento alla morte*, in PH. LETTELLIER (a cura di), *L'eutanasia. Diritto e prassi in Italia, Europa e Stati Uniti*, Sapere 2000, vol. II, 2004, p. 102 e ss.; G. MACELLARI, *Il testamento biologico. Una questione di vita e di morte*, Ed. Vicolo del Pavone, Piacenza, 2003; M. AQUINO, *L'esperienza svizzera*, in S. SEMPLICI (a cura di), *Il diritto di morire bene*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 160 e ss.; M. AQUINO, R. TALLARITA, *L'eutanasia in Europa: i casi della Svizzera e del Regno Unito*, in «Dir. Famiglia», 2002, V, p. 641 e ss.; *Le direttive anticipate: dall'autonomia del paziente alla carta di autodeterminazione*, Atti del Convegno organizzato dalla Consulta laica di Bioetica di Torino, numero speciale di «Bioetica», vol. IX, n. 2, supplemento giugno 2001, a cura di A. Vitelli, con interventi di E. LE-CALDANO, *Dall'autonomia del paziente alle carte di autodeterminazione: il contributo della riflessione bioetica*, p. 9 e ss.; M. MORI, *Dai principi della bioetica alle direttive anticipate*, p. 19 e ss.; P. RESCIGNO, *Esperienze e realtà nel mondo*, p. 79 e ss.; S. VINCIGUERRA, *Prospettive nella legislazione italiana*, p. 86 e ss.; L. IAPICHINO, *Testamento biologico e direttive anticipate: le disposizioni in previsione dell'incapacità*, prefazione di E. Calò, Collana «Letture notarili», IPSOA, Milanofiori, Assago, 2000; L. MILONE, *Il testamento biologico*, in «Vita Notarile», 1997, R. CALVANO, *Corte Costituzionale e corpo umano*, in «Rivista critica di dir. priv.», 1996, 4, p. 707 e ss.;

dei diritti dei malati. Nel 1976 cambia nome, assumendo quello di *Concern for the Dying* (CFD, Preoccupazione per il morente), e ottiene nello stesso anno, in California, l'approvazione del *Natural Death Act* (1976)² che legalizza il "testamento di vita".

Dopo l'approvazione della legge californiana numerosi Stati americani seguono la stessa strada, stimolati da Associazioni che sostengono tale richiesta³, ma la legislazione più disponibile ad accogliere i desideri del morente è senza dubbio quella dell'Oregon che oggi è il solo Stato del Nord America a consentire il ricorso legale all'eutanasia. Il *Death with Dignity Act* (1992) dell'Oregon⁴ consente ai medici di prescrivere dosi letali di farmaci ai pazienti che lo richiedono a condizione che ad essi siano stati diagnosticati meno di

P. IAMICELI, *Statuto del corpo e tecniche proprietarie*, in «Rivista critica di dir. priv.», 1995, 4, p. 798 e ss.; F.S. TONIATO, *Il momento della morte non è fuori dalla vita*, in S. SEMPLICI (a cura di), *Il diritto di morire bene*, cit., pp. 65-83; R. BOERI, *La carta dell'autodeterminazione: un primo bilancio*, in «Bioetica», 1993, 2, p. 339 e ss.; L. REALE (a cura di), *Il testamento di vita*, Istituto italiano di medicina sociale, Roma, 1985; A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Il consenso informato: tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, Raffaello Cortina, Milano, 1992.

² Questa legge è stata confermata dalla Legge federale *Patient Self-Determination Act*, entrata in vigore il 1° dicembre 1991.

³ La Corte Suprema degli Stati Uniti ha da tempo riconosciuto il diritto a vivere la propria vita secondo le esigenze personali, affermando il principio di autodeterminazione. Questo diritto è radicato nell'ordinamento di *Common Law* e si può far risalire alla sentenza *Union Pacific Railway v. Botsford* (1891). Tale principio è stato tra l'altro ripreso dalla sentenza *Roe v. Wade*, 410 U.S. 129 (1973), mediante la quale si è giunti a consentire l'aborto negli USA. Per un esame dell'evoluzione della giurisprudenza nord-americana in materia di diritto a morire con dignità si veda comunque: M. OTLOWSKI, *Voluntary Euthanasia and the common law*, Oxford, 1997, *passim*; D. TASSINARI, *Profili penalistici dell'eutanasia nei paesi di common law*, in G. FORNASARI, S. CANESTRARI (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Clueb, Bologna, 2001, *passim*; ID., *Profili penalistici dell'eutanasia negli ordinamenti anglo-americani*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO e G. PAPPALARDO (a cura di), *Eutanasia e diritto: confronto tra discipline*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 101-131, *passim*; L.P. VANONI, *Il caso Terri Schiavo*, intervista a Giorgio Lombardi, in «Quaderni Costituzionali», 3, settembre 2005, pp. 695 e ss.

⁴ La legge dell'Oregon era stata confermata da un referendum nel 1994. La sua applicazione era stata bloccata da una Corte statale fino al 1997, e confermata quello stesso anno da un secondo referendum. La Corte Suprema americana si è recentemente pronunciata sulla legge, indirettamente. Nel 2001 il ministro della Giustizia John Ashcroft aveva emesso una Direttiva per punire i medici dell'Oregon

sei mesi di vita, che siano in pieno possesso delle loro facoltà mentali e che siano stati “certificati” come malati terminali da almeno due medici⁵.

Le direttive anticipate, definite negli Usa come *living will*, sono contenute in un atto legalmente riconosciuto, con cui un paziente, alla presenza di testimoni, stabilisce i suoi desiderata per quan-

che praticavano il suicidio assistito, accusandoli di violare la legge che dà al governo federale il diritto di controllare la distribuzione dei farmaci. La Corte Suprema ha bocciato la tesi dell'amministrazione Bush con sei voti contro tre non entrando nel merito della questione eutanasia, ma ha stabilito che il Governo federale non ha l'autorità per dire ai medici come devono comportarsi con i loro pazienti. È stato così ribadito il principio, consolidato nella giurisprudenza della Corte Suprema, che una legge federale non può limitare la legge di uno Stato su materie di sua competenza (*Death with Dignity Act*, ORS 127.800-897, 1994, in vigore dal 27 ottobre 1997). P. CENDON, *L'eutanasia*, in «Politica del Diritto», 3, 2002, p. 497 e ss.; P. D'AMBROSIO, M.T. RODI, *Il dibattito negli Stati Uniti*, in S. SEMPLICI (a cura di), *Il diritto di morire bene*, cit., p. 192 e ss.; D. TASSINARI, *Profili penalistici dell'eutanasia*, cit., p. 104 e ss.

⁵ La previsione di almeno due medici che attestino la malattia terminale è ricorrente in tutti gli Stati nei quali si è avviata – e attuata – una regolamentazione del fenomeno eutanasi. Cfr. per tutti: G. CIMBALO, *Eutanasia, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione*, cit., pp. 133-171; F. BOTTI, *Una legge contestata: l'eutanasia in Australia*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO e G. PAPPALARDO (a cura di), *Eutanasia e diritto: confronto tra discipline*, cit., pp. 182-211. È questo uno degli elementi che dimostra come il dibattito sulle pratiche di fine vita vada ben al di là dei confini nazionali e si riproduca con le relative varianti, nei diversi paesi. In effetti le questioni che riguardano la vita privata del singolo soggetto fanno parte di un comune sentire di tutti gli individui, sia che appartengano ad un continente che ad un altro. È vero che si parla di eutanasia maggiormente nelle società industrializzate e occidentalizzate, ma è anche vero che costituisce ormai un'acquisizione collettiva la convinzione che il trattamento da riservare ai malati terminali deve essere il più dolce e indolore possibile. Anche la possibilità di affidare ad altri le proprie volontà di cura in caso di sopravvenuta incapacità (rappresentante terapeutico), o di potere redigere un testamento di vita (*living will*), è un'esigenza ormai divenuta collettiva, globalizzata. In un'epoca in cui il “diritto dei privati”, tramite lo strumento della – nuova – *lex mercatoria* (si veda F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005; ID., *Lex Mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 1993), sembra avere il sopravvento sulle tradizionali fonti del diritto, anche al fine di garantire una maggiore fluidità del mercato e dei rapporti economici in genere, è inevitabile la conseguenza che lo stesso diritto dei singoli possa costituire anche una sorta di – nuovissima – *lex mercatoria*, che questa volta, però, regola i rapporti con il proprio io, quelli che appartengono alla sfera più intima del soggetto, per agevolarli, velocizzarli e renderli soddisfacenti, il più possibile indipendenti dai c.d. poteri tradizionali e dalle visioni filosofiche ed etiche istituzionalizzate. In perfetta sintonia con le regole del mercato, insomma.

to concerne il trattamento medico alla fine della vita. Esse hanno il limite di poter essere applicate solo dopo che il paziente è stato riconosciuto in stadio terminale, il che, per la legislazione di alcuni Stati, si verifica quando egli è in una condizione d'incurabilità, per altri quando le misure terapeutiche servono solo a ritardarne la morte⁶. Inoltre, alcune condizioni, quali, ad esempio, lo stato vegetativo persistente o la demenza avanzata, pur non permettendo una vita di qualità accettabile, non sono ritenute condizioni terminali e possono non essere comprese nel *living will*⁷.

L'esperienza americana desta grande attenzione soprattutto nei paesi dell'Europa del Nord, dove il notevole miglioramento delle condizioni e della qualità della vita, la possibilità di medicalizzare il malato in fin di vita producono un allungamento della durata della vita fino ad allora inimmaginabile. Ecco perché ritroviamo il testamento di vita in Danimarca, dove il 1° ottobre 1992 viene approvata la legge sull'esercizio della professione medica nella quale il *living will* viene previsto e regolamentato all'articolo 6.3.⁸. Lo stesso avviene nell'ambito del dibattito acceso e partecipato sull'eutanasia in Olanda⁹; l'istituto viene ripreso nella legislazione australiana del *Northern Territory* del 1996¹⁰, per "rimbalzare" poi nella legislazione belga sull'eutanasia¹¹.

⁶ L. IAPICHINO, *Testamento biologico e direttive anticipate*, cit., *passim*.

⁷ *Ibidem*, *passim*; AA.VV., *Dignità nel morire*, Atti del Convegno "Il diritto a una morte dignitosa, terapie contro il dolore, testamento biologico, eutanasia", Milano, 12 dicembre 2000, a cura di L. Manconi e R. Dameno, Guerini studio, Milano, 2003.

⁸ G. CIMBALO, *Eutanasia, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione*, cit., p. 138.

⁹ *Ibidem*, p. 140 e ss.

¹⁰ F. BOTTI, *Una legge contestata: l'eutanasia in Australia*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO e G. PAPPALARDO (a cura di), *Eutanasia e diritto: confronto tra discipline*, cit., *passim*.

¹¹ G. CIMBALO, *Eutanasia, cure palliative e diritto*, cit., p. 154 e ss. Sul fenomeno della circolarità del diritto, con particolare riferimento al diritto penale, si veda anche: O. HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale*, Edizioni di Comunità, Torino, 2001.

2. Il “living will” nel diritto elvetico

Ritroviamo il *living will* anche nella legislazione svizzera dove è previsto da alcune leggi cantonali, come conseguenza del fatto che la materia “sanità pubblica” fa parte delle competenze devolute ai Cantoni. I Cantoni di Valais, Ginevra, Lucerna, Neuchâtel, Zurigo hanno legiferato sui diritti del paziente e sulle direttive anticipate, la cui validità è stata riconosciuta dalla giurisprudenza elvetica¹². La legge del Cantone di Ginevra del 6 dicembre 1987, concernente i rapporti tra coloro che esercitano la professione sanitaria e pazienti, è stata modificata nel 1996, con l’aggiunta del seguente paragrafo “Les directives anticipées rédigées par le patient avant qu’il ne devienne incapable de discernement doivent être respectées par les professionnels de la santé s’ils interviennent dans une situation thérapeutique que le patient avait envisagée dans ses directives”. E ancora: “Le code civil protège la personnalité. Tout acte médical étant considéré comme une atteinte à la personnalité, nul n’est tenu de subir un traitement sans avoir préalablement donné son accord. L’article 28 du code civil prévoit en effet qu’une atteinte à la personnalité est présumée illicite “à moins qu’elle ne soit justifiée par le consentement de la victime”.

Non esiste dunque, fino ad ora, una norma federale a riguardo del *living will* e non tutti i Cantoni hanno normato in questa materia. Essenziali nella regolamentazione dell’eutanasia nell’ordinamento svizzero sono perciò le Direttive e Raccomandazioni dell’ASSM che

¹² La legge sanitaria del Cantone di Friburgo, ad esempio, dispone all’articolo 49, comma 1, che “Tutte le persone possono redigere direttive anticipate sui tipi di cure che desiderano oppure no ricevere in particolari situazioni, quando esse non saranno più in grado di esprimere la loro volontà”; al comma 3 continua “le direttive anticipate possono essere modificate o annullate in qualsiasi momento dal loro autore, senza limitazione di forma”. L’articolo 50 fa, conseguentemente, riferimento all’obbligo del medico di “rispettare la volontà che il paziente ha espresso attraverso le direttive anticipate”. Cfr. Canton de Fribourg, *Loi du 16 Novembre 1999 sur la santé*. Allo stesso modo recitano le leggi sanitarie dei Cantoni di Vaud, Ginevra, Neuchâtel e Berna, che per ultima, nel 2001, ha introdotto l’articolo 40b riguardante le disposizioni dei pazienti sulla stessa linea degli altri Cantoni. Cfr. *Loi sur la santé publique du canton de Berne, 2 décembre 1984 (teneur du 6.2.2001)*.

possono essere considerate delle “Leggi suppletive”¹³. Queste norme vanno lette in relazione con quanto disposto dal Capo primo del Codice civile svizzero, relativo ai diritti della personalità, e con le altre norme civilistiche ad essi connesse. L'ordinamento svizzero – facendo propria la posizione dell'etica protestante a riguardo¹⁴ – privilegia gli aspetti culturali e di relazione della vita e quindi la qualità della vita, piuttosto che il suo carattere sacro¹⁵. Pertanto si serve di norme del diritto civile per identificare e circoscrivere i poteri di autodeterminazione dell'individuo, piuttosto che ricorrere al diritto penale per delimitare e sanzionare i comportamenti del paziente terminale che desidera morire.

¹³ La Federazione dei Medici Svizzeri ha approvato il 19 maggio 2005 le quattro nuove direttive medico-etiche dell'Accademia Svizzera delle Scienze Mediche (da ora in poi Assm) per l'assistenza ai pazienti in fin di vita. Esse concernono i limiti della medicina intensiva; il trattamento e assistenza di pazienti di lunga durata con lesioni cerebrali importanti; il trattamento e assistenza di pazienti anziani che necessitano di cure; il trattamento e assistenza di pazienti in fin di vita. Cfr. *Protocollo della seduta ordinaria della Camera Medica Svizzera*, giovedì, 19 maggio 2005, dalle 9.30 alle 17.00, Bea Bern congress, Berna, sottoscritto da Annamaria Müller Imboden, segretaria generale FMH.

¹⁴ Fino agli anni Novanta del secolo scorso anche l'Église Evangelique de la Suisse Romande propendeva per un netto rifiuto dell'eutanasia, tanto da farsi sostenitrice dello sviluppo delle cure palliative, viste come unica soluzione possibile ai problemi posti dalle scelte di fine vita. Cfr.: E. KÜBLER-ROSS, *Les derniers instants de la vie*, Labor et Fides, Genève, 1969, *passim*. Negli ultimi anni si è tuttavia sviluppato anche in Svizzera un dibattito teologico molto ampio, muovendo dalla considerazione che, poiché Dio ha affidato all'uomo e alla sua coscienza la responsabilità delle sue scelte di vita, in un rapporto diretto e senza intermediari con la divinità, le questioni connesse alla fine della vita fanno parte di quelle scelte personalissime delle quali ognuno dovrà rendere conto direttamente a Dio. Il magistero ecclesiastico può così evitare di pronunciarsi sull'ammissibilità del ricorso all'eutanasia, lasciando in questo campo spazio a quella dimensione personale del credere che è parte essenziale e significativa della teologia protestante. H. DOUCET, *Les promesses du crépuscule. Réflexions sur l'euthanasie et l'aide médicale au suicide*, Labor et Fides, Boucherville, 1998, *passim*.

¹⁵ Sulle implicazioni dell'espressione “qualità di vita” si è sviluppato a livello internazionale un articolato dibattito. Per B. MAUER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La Documentation française, 1999, pp. 387-388: “Les théories de la “qualité de vie”, posant des seuils de “qualité”, en viennent, entre autre, à expliquer: [...] la décision d'un médecin appelé à prodiguer des soins à un nouveau-né ou malformé doit reposer exclusivement sur des critères d'ordre clinique, qui évaluent objectivement les possibilités

Poiché la volontà e la libera determinazione del soggetto sono il punto di riferimento per formulare una scelta in ordine alla fine della vita, si pone particolare attenzione al possesso della piena capacità d'intendere e volere del soggetto e alla possibilità d'identificare altri titolari di tali poteri. Per l'ordinamento elvetico la vita è un bene disponibile per l'individuo, una proiezione del suo "diritto di proprietà" su tutto ciò che lo circonda e fa parte del suo universo, del "mondo" che egli si è costruito intorno. Sarà lui a dover rispondere al momento opportuno delle sue scelte in quel dialogo fitto e personalissimo, riservato e unico, che ha stabilito con il suo Dio. Come uomo accorto egli può e deve prevedere la possibilità di proiettare nel tempo della sua vita terrena la sua volontà, poiché essere senziente e cosciente fa parte del suo essere in vita¹⁶. Da qui discende

de "vie signifiantes" ou de perfection, de "qualité de vie", critères du reste proposés par nombre d'éthiciens et de médecins". In tal senso anche G. MEMETEAU, *Vie biologique et personnalité juridique*, in *La personne humaine, sujet de droit*, Quatrièmes journées René Savatier, Poitiers, PUF, Paris, 1994, p. 53. Per P. THUILLIER, "Vies ne valant pas d'être vécues" et expressions similaires, in «Laennec, médecine-santé-éthique», Paris, Mars 1993, nn. 3-4, 12, questa vita "qui ne valent pas la peine d'être vécues" indica "vie injustifiée, illégitime, fruit d'une erreur technique, d'une négligence médicale, ou d'une faute parentale". Il diritto alla vita, in nome del rispetto della dignità umana, viene inteso così come un diritto alla qualità della vita. La vita consiste allora nella capacità di condurre un'esistenza che abbia un senso, le cui ragioni vanno ricercate nelle capacità esponenziali dell'individuo. È perciò che il bene vita viene inteso come un diritto personalissimo, disponibile in relazione alle scelte individuali. Rileva M.Th. MEULDERS-KLEIN, *Le droit de disposer de soi-même*, in *Licéité en droit positif et Références légales aux valeurs. Contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international*, Bruylant, Bruxelles, 1982, p. 267 e ss., che la Sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti *Roe v. Wade* ha introdotto la nozione di vita autonoma, caricata di senso come vita degna di essere vissuta, in contrapposizione ad una vita meramente vegetativa. Alla giurisprudenza statunitense appartiene dunque la responsabilità di aver accreditato una visione personalistica della vita. Questa impostazione viene concretamente recepita nel lessico olandese che, accanto all'espressione morte (*de dood*), ha coniato quella di fine della vita (*het levenseinde*), proprio a indicare il momento nel quale una vita dignitosa non è più possibile, al punto che si può decidere di essere giunti alla sua fine. G. CIMBALO, *La società olandese tra tutela dei diritti del malato, diritto all'eutanasia e crisi della solidarietà*, in «QDPE», n. 1, aprile 1994, 35. Ancora una volta la "circolarità del diritto" ha prodotto una tendenziale omogeneizzazione dei concetti giuridici, facendo chiarezza sul significato possibile da attribuire all'espressione "bene vita".

¹⁶ In questa scelta egli potrà essere aiutato, ma dovrà essere sempre il soggetto direttamente interessato a compiere l'azione eutanasica H. DOUCET, *Les promesses du crépuscule*, cit., *passim*.

la possibilità per l'agente di ricorrere ad alcune figure quali: il rappresentante terapeutico, il rappresentante amministrativo e il legale rappresentante, per le quali le Direttive dell'Assm individuano particolari responsabilità.

L'affidamento alle norme civilistiche della gestione dei rapporti giuridici connessi alle pratiche eutanasiche è così pressoché totale, poiché scandisce tutte le sequenze di quella "procedimentalizzazione deontologica" individuata nelle disposizioni dell'Accademia. Nei casi di ricorso all'eutanasia per l'ordinamento svizzero è dunque di estrema importanza accertare la capacità di autodeterminazione del soggetto, poiché solo la persona, direttamente, può disporre della sua vita, che è un suo bene, e solo con un atto coordinato della sua volontà e del suo agire può legittimamente porre fine alla vita, ricorrendo in prima persona a una pratica eutanastica¹⁷. Se la persona che intende ricorrere a tale pratica è priva di volontà oppure è incapace di agire autonomamente, se tale incapacità è fisica o psichica, assume allora estrema importanza la figura del rappresentante, sia esso legale, terapeutico o amministrativo. Infatti è essenziale che la responsabilità di compiere la scelta, come proiezione della potestà e della volontà del soggetto, ricada sempre e comunque su un soggetto, specificamente delegato a questa mansione, provvisto di un mandato inequivoco, e che venga escluso l'intervento dello Stato o delle strutture sanitarie, i cui poteri a riguardo sono limitati e rigidamente definiti e concorrono prevalentemente alla vigilanza nel rispetto delle diverse fasi della procedimentalizzazione.

Se il soggetto è nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, i poteri pubblici sono esclusi da ogni decisione. Parimenti è assente la magistratura, compresa quella tutelare e ancor più quella penale, in quanto legittimato ad agire è essenzialmente il giudice civile, con la conseguenza che, nel caso di controversie sulle

¹⁷ A occuparsi di eutanasia attiva sotto forma di aiuto al suicidio sono in Svizzera due associazioni *Exit* e *Dignitas*. Si veda comunque a riguardo: *Suicidio e prevenzione del suicidio in Svizzera*. Rapporto in esecuzione del postulato Widmer (02.3251), aprile 2005.

scelte effettuate dal soggetto o dal suo rappresentante, saranno le norme del diritto civile a stabilire l'esistenza di un mandato valido, l'equità, la ragionevolezza e l'effettiva tutela dell'interesse del rappresentato. A riprova di ciò rileviamo che, una volta accertata l'inesistenza di motivi passionali, onorevoli o egoistici in colui che ha effettuato la scelta, il rappresentante incorrerà nelle sole sanzioni civili. Ma si tratterà di sanzioni più lievi e meno disonorevoli di quelle penali¹⁸.

Il campo di applicazione del diritto penale appare dunque limitato alla configurabilità delle sole fattispecie previste agli articoli 113-115. Tale approccio si estende anche al suicidio assistito, è di particolare rilevanza nell'ottica di una complessiva politica del diritto e costituisce il tratto peculiare della regolamentazione dell'intero fenomeno eutanastico in Svizzera.

Il Codice civile garantisce il diritto all'integrità del corpo. Tutti gli atti compiuti dal medico sono considerati come un potenziale "attentato alla personalità del malato" e nessuno è tenuto a subire un trattamento senza essere d'accordo. Coerentemente perciò l'articolo 28 del Codice civile svizzero prevede che "un attentato alla personalità si presume illecito, a meno che esso non sia giustificato dal consenso della vittima".

Da alcune parti si è sostenuta l'opportunità di riunire in un unico provvedimento le disposizioni relative alla tutela di tali diritti, ipotizzando l'introduzione di una "carta della salute" finalizzata a

¹⁸ Il Codice penale Svizzero continua a sanzionare agli articoli 114-116 i reati di istigazione al suicidio e omicidio del consenziente, malgrado le numerose iniziative e proposte di legge per modificare queste norme. Cfr. C. SCHWARZENEGGER, *Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben*, Besondere Bestimmungen, in M.A. NIGGLI (a cura di), *Balser Kommentar*, Strafgesetzbuch II, articoli 111-401 StGB, Wiprächtiger H., Basilea, 2003, pp. 1-73; M. STEINMANN, *Art. 115 StGB als schweizerische Besonderheit*, in *Strafrecht als Herausforderung: zur Emeritierung von Professor Niklaus Schmid.*, Zurigo, 1999, p. 333 e ss.; R.H. WETTSTEIN, *Leben und Sterben können: Gedanken zur Sterbebegleitung und zur Selbstbestimmung der Person*, Berna, 1995; M. SCHUBARTH, *art. 115 CP n. 22*, in *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht*, Besonderer Teil, Band 1 (Artt. 111-136 StGB), Berna, 1982; S. TRECHSEL, *Art. 115 n. 3*, in *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*, Zurich, 1997².

raccogliere organicamente quanto previsto dall'ordinamento. L'ipotesi viene ancora discussa in dottrina¹⁹.

3. *Direttive anticipate e rappresentanza*

Il consenso può essere espresso dall'interessato, ove questi sia nella sua piena capacità di intendere e di volere²⁰, oppure da un suo rappresentante. Nella ricostruzione dei processi decisionali assunti a riguardo delle modalità per porre fine alla vita entrano perciò in gioco alcune figure:

– il rappresentante terapeutico: può essere nominato, a scopo preventivo, da tutti i pazienti. In particolare la sua nomina è obbligatoria laddove si tratti di persone anziane incapaci di intendere e di volere e incapaci di intendere e di volere, in genere. La previsione di tale figura ha ragioni di natura garantista, poiché a essa spetta il compito di fare rispettare e assicurare la corretta esecuzione della volontà del rappresentato. In caso di precedente redazione di un testamento biologico, il rappresentante terapeutico avrà cura di fare osservare le disposizioni in esso contenute. Nell'eventualità vi sia un contrasto tra quanto disposto nel *living will* e quanto sostenuto dal rappresentante, prevarrà sempre la volontà del rappresentato, a meno che non venga dimostrato compiutamente che il paziente ha

¹⁹ G. STEFFEN, *Introduction d'une carte de santé: réflexions juridiques*, Institut de droit de la santé, Rapport Ids n. 4, Genève, 2003, *passim*. Questo dibattito si è svolto anche in Italia, dove è stata ipotizzata la redazione di "carte di autodeterminazione", sul punto cfr. R. DAMENO (a cura di), *Autodeterminarsi nonostante*, Atti del convegno: "Verso il riconoscimento giuridico della Carta di autodeterminazione. Un confronto europeo", Milano 11 e 12 novembre 1999, Angelo Guerini e Associati, Milano, 2002, e gli interventi ivi contenuti di Carlo Alberto Defanti, Laura Palazzoni, Maria Grazia Giammarinaro, Luciano Orsi, Alberto Bondolfi, Hans-Georg Koch, Jørn Vestergaard, Veronica English, Riccardo Cecioni, Aycke O. A. Smook, John Griffiths e Albert Klijn, Patrizia Borsellino, Laura Canavacci, Michele Gallucci, Renzo Causarano, Aldo Pagni.

²⁰ Articolo 16 CCS. "d. Discernimento. È capace di discernimento, nel senso di questa legge, qualunque persona che non sia priva della facoltà di agire ragionevolmente per effetto della sua età infantile o di infermità o debolezza mentale, di ebbrezza o di uno stato consimile". Articolo 17 Ccs. "III. Incapacità civile. 17.1. In genere. Le persone incapaci di discernimento, i minorenni e gli interdetti sono privati dell'esercizio dei diritti civili".

cambiato idea prima della sopraggiunta incapacità²¹. Come vedremo, tale istituto è oggi messo in discussione dal fatto che la volontà del rappresentante costituisce un elemento di maggior certezza rispetto a una volontà remota del soggetto, magari espressa antecedentemente alla nomina del rappresentante terapeutico;

– il rappresentante amministrativo/finanziario: tale soggetto viene nominato allorché, in caso di ricovero presso strutture ospedaliere o di cura, il paziente sia dichiarato non autonomo e/o incapace di amministrare il proprio patrimonio. Il rappresentante amministrativo provvederà alla gestione patrimoniale e finanziaria degli interessi dell'assistito e in nessun caso dovrà fare parte della struttura di ricovero, ma dovrà essere completamente estraneo ad essa, al fine di evitare intollerabili particolarismi a favore dell'istituto ospitante.

– il rappresentante legale: è la figura, espressamente prevista dal Codice civile, dotata di un mandato finalizzato a tutelare gli interessi complessivi del malato, soprattutto a fronte dell'emergere di intenti egoistici da parte di soggetti terzi, interessati al decorso della sua malattia:

– il potere di rappresentanza di tali figure è correlato alle volontà espresse dal soggetto quando egli era o è nel pieno possesso delle sue capacità e deve essere coerente con la ricostruzione della volontà presunta del soggetto, operata facendo ricorso alle testimonianze dei familiari e della sua "famiglia allargata", coerentemente con gli atti compiuti dal soggetto nei tempi recenti dai quali deve risultare un'univoca volontà²².

²¹ Si veda a riguardo *L'essentiel sur le droit des patients dans les cantons de Berne, Fribourg, Neuchâtel, Valais et Vaud*, Sanimedia, Settembre 2005, pp. 8-9.

²² Da parte di alcuni si mette in dubbio l'affidabilità attuale del *living will*, osservando che la volontà espressa in un passato, a volte anche remoto, potrebbe non essere la stessa del malato morente, posto davanti alla drammaticità e all'imminenza della morte. In questa situazione l'istinto di sopravvivenza potrebbe determinare una diversa volontà che si scontrerebbe, soccombendo, con le disposizioni a suo tempo emanate. B.M. LIBORI, *Dal living will al modo sbagliato d'interpretare il diritto all'autonomia*, intervento al Convegno "Problemi culturali, religiosi, etici, giuridici, medici, sociali nel momento della sofferenza e dell'approssimarsi della morte", Ospedale San Pietro Fatebenefratelli, Roma, 4 dicembre 2003; J. DE FARIA COSTA, *La fine della vita*, cit., pp. 434-435. Per una trattazione ampia del problema: AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, pref. di U. Veronesi, Fondazione Umberto Veronesi, Il Sole 24 Ore, Milano, 2006, *passim*.

Le strutture di assistenza sanitaria e le *équipes* mediche potranno entrare nella valutazione sulle azioni da intraprendere solo nei casi di intervento d'urgenza e quando non risulti accertata la volontà del soggetto; altrimenti va rispettata la volontà espressa dell'ammalato.

La valorizzazione in tempi recenti della figura del rappresentante terapeutico può essere compresa a condizione – ancora una volta – che si tenga conto del dibattito che è avvenuto parallelamente nei diversi ordinamenti a proposito di questi problemi.

Nelle direttive anticipate della ASSM il *living will* – forte dell'esperienza maturata nel Nord America – assume, come si è detto, spesso la forma del *Durable Power of Attorney for Health Care*. Questo è un atto, riconosciuto in tutti gli Stati americani, con cui un individuo delega un'altra persona (la moglie, un genitore, un amico) a prendere decisioni mediche in sua vece e nel suo interesse²³. I vantaggi nell'utilizzazione di questo istituto rispetto al *living will* sono rinvenibili nel fatto che l'individuo evita l'impossibile compito di tentare di prevedere tutte le eventualità relative ai trattamenti medici che potrebbero rendersi necessari. Questo atto aderisce più fedelmente alla dottrina del consenso informato, che richiede che ogni decisione sia presa dopo aver stabilito la diagnosi e le opzioni di trattamento e dopo aver attentamente valutato i relativi rischi e benefici²⁴. Queste circostanze possono verificarsi con maggiori probabilità nelle fasi finali della malattia, quando è più frequente che venga meno o si attenui la piena coscienza e capacità di intendere e di volere del paziente. Ecco perché, qualora il paziente non sia in grado di prendere decisioni e non si disponga né di un *living will* né di alcuna delega ad altra persona, in alcuni Stati del Nord America²⁵, ma in pratica ovunque, è il medico che

²³ S. TARODO SORIA, *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*, Bilbao, 2005, pp. 139-143.

²⁴ Il cosiddetto consenso informato prese forma in correlazione ai trattamenti di fine vita con il nome di *Medische Beslissingen rond Levensinde* (MBL). Sul punto: J. GRIFFITHS, *Euthanasie als controle-probleem*, in «Nederlands Juristenblad», 4, 28 gennaio 1993, pp. 121-128.

²⁵ La possibilità di non trattare o sospendere la terapia di certi pazienti ha negli USA, un sostegno giuridico nel riconoscimento di valenza di legge al "Codice dei diritti del malato" e in numerose sentenze che hanno scagionato i medici dall'accusa di omissione di soccorso o omicidio, nonché rimarcato il diritto di

sceglie di fatto un sostituto del malato, in genere la moglie o un figlio adulto o un genitore o un amico, purché sia di provata moralità, non sia in stato di conflitto emotivo o di interesse col paziente e lo conosca a fondo. A costoro egli si rivolge per farsi assistere in scelte così importanti e gravi. Questa situazione di fatto viene così riconosciuta e normata dal diritto. Il medico dovrebbe aderire alla decisione della persona scelta come procuratore del malato; tuttavia egli, nel rispetto della propria autonomia professionale e del ruolo di ultima salvaguardia del malato, deve contrastare qualsiasi decisione che ritenga non

autodeterminazione del paziente, esercitato direttamente o tramite rappresentanti. In più di una sentenza le Corti di giustizia statunitensi hanno fatto riferimento al concetto di proporzionalità, in base al quale un trattamento è proporzionato quando ha almeno una ragionevole possibilità di fornire benefici, che eccedano i disagi, laddove per beneficio s'intende la remissione dei sintomi e il ritorno verso un'esistenza integrata normale; vale a dire la ragionevole possibilità di ritorno ad una vita cognitiva e sapiente, in contrapposizione alla mera esistenza biologica vegetativa. Le Corti hanno anche sentenziato che non c'è differenza tra negare il trattamento dall'inizio o sospenderlo una volta iniziato, purché sussistano le condizioni (futilità della cura, rispetto della volontà del paziente). Cfr. D. TASSINARI, *Profili penalistici dell'eutanasia negli ordinamenti anglo-americani*, cit., *passim*. Questa esperienza giuridica ha dei riflessi in Spagna dove ai "durable power of attorney" si sono aggiunti in alcune regioni i "Poder Notarial de Duración Indefinita". Si tratta di una dichiarazione che dà poteri decisionali ad un curatore o fiduciario, riguardo ai trattamenti da effettuare, anche se non previsti. Quindi, fin troppo frequentemente, queste disposizioni si trasformano in un vero e proprio mandato senza restrizioni (esclusi solo alcuni trattamenti estremi tipo la sterilizzazione o la psicotomia). È così che un diritto, strettamente personale, com'è quello di disporre di se stessi, diventa un diritto dato ad altri a disporre di sé in propria vece. S. TARODO SORIA, *Libertad de conciencia y derechos del usuario*, cit., pp. 330-337; M.J. PAREJO GUZMÁN, *Problemática jurídica actual da la eutanasia en el ordenamiento jurídico español*, in «Revista general de derecho penal», 4 novembre 2005, pp. 1-39; A. SERRANO GOMEZ, A. SERRANO MAILLO, *Derecho penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2005¹⁰, pp. 63-69; P. HERREIRA, *Comentarios al art. 143 del CP*, in «Comentarios al CP (EDERSA)», V, 2002; T. VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*, 1999; ID., *La cooperación del suicidio y la eutanasia activa en el nuevo Código Penal (art. 143)*, 2000; A. BERISTAIN IPIÑA, *Consideraciones Jurídicas y éticas de eutanasia del nuevo biotecnológico a la muerte propia*, in «A.P.», 2000, p. 351 e ss. L'esempio spagnolo è altresì significativo di come, nell'inerzia del potere statale centrale di normare su alcune delicate materie che per il loro carattere etico dividono la nazione, possono più agevolmente intervenire le entità autonome o decentrate, più sensibili alle istanze di gruppi sociali, eticamente e culturalmente omogenei, stanziati su un territorio delimitato. Il fenomeno è riscontrabile anche in Italia o in Belgio a proposito della legislazione regionale o delle *communautes*, rispettivamente.

essere palesemente nell'interesse del paziente, condizionato in ciò anche dallo sviluppo delle scienze mediche²⁶.

Ma in Svizzera non si sono volute lasciare queste decisioni al caso né tanto meno ci si è limitati ad accettare la situazione di fatto. La soluzione è giunta nella legislazione svizzera per il tramite del dibattito svoltosi in Canada, come si rileva dagli atti del seminario tenuto presso la Facoltà di Teologia Evangelica di Losanna²⁷, a dimostrazione ancora una volta della grande portata di quel fenomeno che abbiamo definito come "circolarità del diritto" con il quale si vuole sottolineare la dimensione ormai globale del dibattito giuridico. Sono quindi oggi le direttive emanate dall'ASSM a prevedere, attraverso la nomina del rappresentante terapeutico, di quello finanziario e di quello legale, una forma di *Durable Power of Attorney for Health Care*, se possibile più completa e articolata di quanto non si faccia in altri paesi, mentre la legislazione cantonale resta ancora legata alla previsione del *living will*. Si accentua così l'impostazione personalistica dell'ordinamento svizzero nel quale è il diritto del privato a dettare le norme in questa delicata materia, sotto forma di autodisciplina.

Tuttavia le ragioni che portano a ridiscutere le direttive anticipate, risiedendo, quanto meno in parte, nello sviluppo continuo delle scienze mediche, inducono alla ricerca di soluzioni comuni, tanto che questa tendenza è presente oggi in molti ordinamenti e il ricorso al testamento di vita si diffonde anche in paesi come l'Italia²⁸, ben lontani dall'accettare una deriva di tipo personalistico. Nell'ordina-

²⁶ Se si verifica disaccordo o tra medico e paziente o all'interno del *team* assistenziale o tra paziente e famiglia o tra i membri della stessa famiglia, l'American College of Chest Physicians e la Society of Critical Care Medicine (ACCP/SCCM) *Consensus Conference* (1990) raccomandano nell'ordine: tentare una conciliazione, talora coinvolgendo altre persone; rivolgersi al Comitato Etico; trasferire la cura del paziente ad un medico che ne accetti le volontà; adire la magistratura, come ultima soluzione. Per una riflessione più generale sul punto: AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, cit., *passim*.

²⁷ Le elaborazioni frutto del Seminario sono oggi ricostruite da H. DOUCET, *Les promesses du crépuscule, Réflexions sur l'euthanasie et l'aide médicale au suicide*, Labor et Fides, Boucherville, 1998, *passim*.

²⁸ A dire il vero, dall'insieme dei saggi pubblicati nel volume *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, cit., pare di capire che, sia pure lentamente, la consapevolezza dell'importanza di questo istituto cominci ad emergere tra gli

mento elvetico invece sempre più la gestione del bene vita è legata al concetto stesso di proprietà e l'individuo possiede la capacità di disporre della propria vita e del proprio corpo, al punto di essere in grado di cedere ad altri, per effetto di un atto libero e cosciente di volontà, il potere di disporre. Tale obiettivo viene oggi perseguito attraverso la riforma profonda dell'istituto della rappresentanza e della curatela, raccogliendo anche in questo caso gli stimoli di tendenze e orientamenti presenti anche in altri ordinamenti²⁹.

studiosi, anche se mascherata e ridimensionata dai dubbi e dalle perplessità sulla "attualità" della volontà del malato. In tal senso si veda lucidamente M. SESTA, *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, cit., p. 168 e ss. L'orientamento della maggior parte degli autori è quello di considerare la volontà del malato come un elemento che concorre alla formazione delle scelte del medico, che non sarebbero rigidamente vincolate dalle direttive anticipate, conformemente a quanto disposto dalla Convenzione di Oviedo. Vi è chi ha rilevato che "il cosiddetto testamento biologico è volto pertanto a colmare, sia pure, come si avrà modo di osservare, in modo parziale lo iato che la sopravvenuta incapacità dell'individuo determina nel rapporto con il sanitario e rappresenta, sotto questo profilo, l'approdo logico del processo di progressiva valorizzazione del consenso informato". L. BALESTRA, *Efficacia del testamento biologico*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, cit., p. 95. L'autore rileva inoltre che "è ben vero che attualmente nel nostro paese non vi è una particolare sensibilità sociale nei confronti degli interessi che attraverso le direttive anticipate si intendono assecondare; pur tuttavia, da ciò non può ricavarsi la legittimità dell'assunzione di un atteggiamento di indifferenza nei confronti del delicato tema". L. BALESTRA, *Efficacia del testamento biologico*, cit., p. 104 e ss. Questo orientamento è stato raccolto in Italia e caratterizza le posizioni del Comitato Nazionale per la Bioetica, in data 18 dicembre 2003, dal titolo *Dichiarazioni anticipate di trattamento* e si ritrova all'articolo 13, c. 6 e nel DDL n. 2943, nel testo proposto dalla Commissione permanente Igiene e Sanità e comunicato alla Presidenza il 4 maggio 2004.

²⁹ Vi è chi sostiene che lo strumento attuativo dell'efficacia del testamento biologico nel nostro ordinamento potrebbe essere costituito dalla figura dell'amministratore di sostegno, utilizzando quanto disposto dalla legge 9 gennaio 2004, n. 6. In tal senso M. SESTA, *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?*, cit., p. 171 e ss.: si veda a riguardo anche l'ampia ed esaustiva bibliografia ivi citata. Per un approfondimento del tema dell'amministrazione di sostegno cfr. P. CENDON, *Un altro diritto per i soggetti deboli. L'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, in <http://www.diritto.it/materiali/civile/cendon2.pdf>; N. CRISCI (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, recensione, Associazione La città ideale, 2005, p. 128 e ss.; G. BONILINI, A. CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, Cedam, Padova, 2004. Sulla capacità del testatore di dettare disposizioni anche di carattere non patrimoniale, si veda G. BONILINI, *Il diritto delle successioni: successione e diritti del coniuge superstite e del convivente more uxorio*, UTET, Torino, 2004, pp. 430-431.

4. *Trasformazione dell'istituto della rappresentanza nell'avamprogetto del nuovo Codice civile svizzero (Nccs)*

Gli echi di questo dibattito si ritrovano puntualmente nella discussione in corso in Svizzera relativa alla revisione del Codice civile e in particolare nelle soluzioni individuate per riformare gli istituti di protezione degli adulti e il diritto delle persone, nonché i diritti dei minori. La scansione del dibattito relativa alla revisione del diritto tutorio vuole garantire il diritto all'autodeterminazione delle persone deboli e bisognose di aiuto (siano esse minori o persone in particolare difficoltà), assicurando ad esse l'assistenza necessaria e la non emarginazione in ragione della loro situazione. Altro criterio ispiratore della nuova regolamentazione è l'applicazione del principio di proporzionalità.

Influenzano le elaborazioni del legislatore i risultati già conseguiti attraverso l'utilizzazione degli istituti giuridici fin qui descritti e l'attività normativa di organismi come la ASSM. Tali esperienze vengono filtrate attraverso un dibattito e una elaborazione molto articolata che caratterizza il metodo consociativo proprio dell'ordinamento svizzero. Tale scelta ben si comprende se solo si ricostruiscono le diverse fasi del dibattito.

Nel 1999 viene insediata dal Dipartimento Federale di Giustizia e Polizia (DFGP) una Commissione interdisciplinare di esperti per la revisione del diritto tutorio³⁰. Essa produce un avamprogetto di revisione del Codice civile, nonché l'avamprogetto di legge federale sulla procedura dinanzi all'Autorità di protezione dei minori e degli adul-

³⁰ "Nel settembre 1995 sono state discusse, durante un incontro pubblico a Friburgo, le prime proposte di revisione del diritto tutorio presentate da un gruppo di esperti nominati dall'amministrazione federale. In seguito, questi stessi esperti hanno elaborato un primo avamprogetto, sottoposto all'attenzione delle Commissioni appena istituite, che persegue gli obiettivi di garantire e promuovere il diritto all'autodeterminazione delle persone deboli e bisognose d'aiuto e di assicurare loro il sostegno necessario, evitando la stigmatizzazione sociale della loro situazione. Le misure legislative devono attagliarsi, secondo il principio della proporzionalità, alle esigenze e alle possibilità delle persone in questione". Dipartimento Federale di Giustizia e Polizia, *Comunicato stampa* del 13 aprile 1999.

ti³¹. Il 25 giugno del 2003 il Consiglio Federale avvia la consultazione dei soggetti sociali interessati. La procedura di consultazione si conclude il 27 ottobre del 2004 e in quella data il Consiglio Federale incarica il DFGP di elaborare un messaggio da presentare entro il 2006, affinché possa essere varata la riforma di questa importante parte del Codice. Sulla base dei lavori svolti l'intento del legislatore sembra essere, a nostro parere, quello di prevedere che, ai fini di promuovere l'autodeterminazione del soggetto, vengano inseriti tre nuovi istituti giuridici³² e quattro nuove forme di curatela³³, innovando così le disposizioni del Codice civile del 1912. Così:

³¹ DFGP, *Avamprogetto di revisione del Codice civile (protezione degli adulti, diritto delle persone e diritto della filiazione)*, ottobre 2004; ID., *Avamprogetto per una legge federale sulla procedura dinanzi all'autorità di protezione dei minori e degli adulti*, ottobre 2004.

³² Il nuovo titolo decimo del nuovo Codice civile svizzero (Nccs), *Delle misure precauzionali personali* (art. 360-373 Nccs), introdurrà – se approvato – tre nuovi istituti giuridici: 1) Il mandato precauzionale: una persona capace di discernimento può incaricare una o più persone fisiche o giuridiche di tutelare i suoi interessi o di rappresentarla nelle relazioni giuridiche qualora dovesse divenire incapace di discernimento. 2) Il mandato relativo alle cure mediche: una persona fisica – che corrisponderebbe all'attuale rappresentante terapeutico previsto dalle Direttive dell'ASSM – viene incaricata di disporre su quali cure mediche erogare ad una persona incapace di discernimento. 3) Le direttive anticipate: una persona capace di discernimento può indicare le terapie a cui accetta o rifiuta di sottoporsi qualora dovesse divenire incapace di discernimento. In tal modo la revisione promuove e rende possibile l'autodeterminazione del soggetto. Si veda: Commissione peritale per la revisione totale del diritto tutorio, *Protezione degli adulti. Rapporto relativo all'avamprogetto di revisione del Codice civile (protezione degli adulti, diritto delle persone e diritto della filiazione)*, giugno 2003, 2.

³³ Le nuove forme di curatela che dovrebbero essere introdotte sono: la curatela d'accompagnamento, quella di rappresentanza, quella di cooperazione e la curatela generale. Il legislatore elvetico, nel tenere conto dell'esperienza maturata grazie alle norme suppletive contenute nelle Direttive e nelle Raccomandazioni dell'ASSM, intende portare a termine con la riforma un'opera di definizione sistematica di questi istituti. "Le curatele d'accompagnamento e di rappresentanza sono una versione riveduta e corretta dell'attuale curatela di cui agli articoli 392-394 Nccs. La curatela d'accompagnamento non limita l'esercizio dei diritti civili del curatelato. Nel caso della curatela di rappresentanza, l'interessato è obbligato dagli atti del curatore. A seconda delle circostanze, l'autorità competente può inoltre limitare l'esercizio dei diritti civili del curatelato. Gli effetti espliciti dalla curatela di cooperazione coincidono con quelli dell'attuale nomina di un assistente cooperante di cui all'articolo 395 capoverso 1 Nccs. Essa viene istituita quando occorre, al fine di tutelare gli interessi di una persona bisognosa di aiuto, che taluni suoi atti siano

1) mediante un mandato precauzionale, una persona capace di autodeterminazione potrà incaricare una o più persone fisiche o giuridiche di tutelare i suoi interessi o di rappresentarla nelle relazioni giuridiche qualora dovesse divenire incapace di intendere e di volere³⁴.

2) Il mandato relativo alle cure mediche conferirà invece l'incarico a una persona fisica di acconsentire alle cure mediche che fos-

subordinati al consenso di un curatore. La curatela generale, infine, è l'istituto che succede all'interdizione (artt. 369-372 Nccs) e priva per legge il curatelato dell'esercizio dei diritti civili. La curatela generale viene disposta in particolare nei confronti di persone affette da una perdurante incapacità di discernimento. Le cure d'accompagnamento, di rappresentanza e di cooperazione possono essere combinate l'una con l'altra. Se nel caso della curatela generale l'area d'attività del curatore abbraccia tutto quanto attiene all'amministrazione della sostanza e alla cura della persona, per le altre forme di curatela l'autorità è tenuta a determinare i compiti che il curatore è chiamato ad assolvere nel caso specifico". Il fine di questo provvedimento è quello di sostituire alle attuali misure standardizzate interventi mirati alla persona per fare in modo che lo "Stato fornisca unicamente l'aiuto realmente necessario nel caso concreto". Si veda Commissione peritale per la revisione totale del diritto tutorio, *Protezione degli adulti. Rapporto*, cit., p. 2 e ss.

³⁴ Questo istituto dovrebbe essere disciplinato dagli articoli 360-369 Nccs. Il mandato precauzionale deve descrivere con la massima precisione possibile le mansioni del mandatario, le quali possono includere tutti i compiti di assistenza alla persona o di amministrazione del patrimonio che il curatore è chiamato ad assolvere quando una persona incapace di discernimento viene posta sotto curatela generale (art. 384 Nccs). Il mandante può, ma non deve, impartire istruzioni circa l'adempimento del mandato (cpv. 2). Il legislatore svizzero usa il termine "discernimento" assimilabile alla capacità di intendere e di volere. La chiave di lettura di questo nuovo istituto, posta in relazione agli scopi che esso persegue, è sintetizzata con chiarezza dalla proposta contenuta nell'articolo 367 Nccs: "L'avamprogetto non precisa se il mandato debba essere assolto a titolo gratuito o dietro compenso. Il mandante è libero di decidere in merito. Il mandatario deve quindi stabilire se intende o meno accettare il mandato alle condizioni stabilite dal mandante. Se il mandato precauzionale non disciplina affatto la questione della retribuzione, l'autorità di protezione degli adulti può completare il mandato relativamente a tale aspetto (cpv. 1). Si tratta in tal caso di stabilire se i compiti assegnati siano "usualmente" assolti gratuitamente o dietro compenso. Nel fare ciò occorre prendere in considerazione l'insieme delle circostanze. Va da sé, ad esempio, che è lecito attendersi una prestazione gratuita da un parente stretto piuttosto che da un professionista della gestione patrimoniale". È da sottolineare che, ai sensi del capoverso 2 di tale nuovo articolo, la retribuzione del mandatario e le spese necessarie da questi sostenute sono poste a carico del mandante. Si veda Commissione peritale per la revisione totale del diritto tutorio, *Protezione degli adulti. Rapporto*, cit., p. 22 e ss.

se necessario prestare al mandante, divenuto incapace di intendere e di volere³⁵.

3) Redigendo direttive anticipate, una persona capace di intendere e di volere potrà infine indicare le cure mediche alle quali accetta o rifiuta di sottoporsi qualora dovesse divenire incapace di intendere e di volere³⁶.

³⁵ Questo istituto razionalizza la figura del rappresentante terapeutico. La nuova disciplina dovrebbe trovare posto negli articoli 370-373 Nccs. Secondo la dottrina dominante e la giurisprudenza, un intervento medico invasivo va considerato una lesione della personalità anche qualora sia effettuato *lege artis*. Un simile intervento è pertanto illecito, a meno che non sia dato un motivo giustificativo. Ai sensi dell'articolo 28 capoverso 2 CC, una lesione della personalità è illecita quando non è giustificata dal consenso della persona lesa, da un interesse preponderante pubblico o privato, oppure dalla legge. Il consenso – il motivo giustificativo più importante – presuppone tuttavia che il paziente sia capace di discernimento. Nel caso di un fanciullo incapace di discernimento, sono i genitori, in quanto rappresentanti legali, ad acconsentire a un eventuale trattamento medico. Nel caso di persone incapaci di discernimento poste sotto tutela, il diritto vigente ritiene sufficiente il consenso del tutore. All'occorrenza, e a differenza di quanto avviene oggi, il consenso a una terapia potrà essere dato anche dal curatore, qualora il curatelo sia incapace di discernimento. Attualmente le leggi sanitarie cantonali prevedono soluzioni diverse riguardo al modo di procedere nei confronti di persone incapaci di discernimento. Tuttavia in casi urgenti deve comunque essere ammessa la possibilità di intervenire, anche in assenza di un consenso, e il personale medico è tenuto ad agire conformemente alla volontà presumibile del paziente e agli interessi oggettivi dello stesso. L'avamprogetto uniforma la situazione giuridica, disciplinando la rappresentanza di persone incapaci di discernimento agli articoli 434-436 Nccs. "In virtù del principio della sussidiarietà e del diritto di autodeterminazione, tale normativa è tuttavia destinata ad essere applicata soltanto se l'interessato non ha provveduto da sé a regolare il caso di un'eventuale incapacità di discernimento, incaricando una persona determinata di acconsentire in sua vece a una terapia (artt. 370 ss. Nccs). In presenza di un mandato relativo alle cure mediche, il controllo da parte di un'autorità riveste importanza minore rispetto al caso del compimento di un negozio giuridico, in quanto il consenso a un intervento medico non è di per sé sufficiente a garantirne la liceità". L'intervento deve anche essere indispensabile dal profilo medico; spetta dunque al medico valutarne la necessità ed assumersi la responsabilità di tale decisione. Si veda Commissione peritale per la revisione totale del diritto tutorio, *Protezione degli adulti. Rapporto*, cit., p. 26.

³⁶ In tal modo il diritto elvetico si adegua a quanto prevede all'articolo 9 la *Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, del 4 aprile 1997 – Convenzione di Oviedo – ratificata in Italia con la Legge 145/2001, il quale dispone che i desideri precedentemente espressi da parte di un paziente vengano semplicemente "tenuti in considerazione". La formulazione prescelta evidenzia come il

Come si è detto, a differenza di varie legislazioni cantonali, oggi il diritto federale elvetico non prevede alcuna disposizione espressa inerente alla validità o alla portata dei desideri precedentemente espressi dal paziente. Con la riforma si vuole colmare tale lacuna e consentire che, redigendo direttive anticipate, una persona capace di intendere e di volere possa indicare quali sono le terapie alle quali intende o no sottoporsi, qualora dovesse divenire incapace di intendere e di volere (cpv. 1 Nccs). Le direttive anticipate sono espressione del diritto di autodeterminazione dell'interessato, il quale può prendere posizione riguardo a determinate terapie che un giorno potrebbero rivelarsi necessarie. La dottrina dominante non mette in dubbio la legittimità di simili direttive. Non si tratta dunque di un'innovazione vera e propria.

La possibilità di redigere direttive anticipate concerne tutti i casi in cui l'interessato non può dare il proprio consenso a causa di un'incapacità di intendere e di volere dovuta a malattie psichiche, a demenza senile progressiva o, ad esempio, alla perdita dei sensi a seguito di un incidente (cpv. 1 Nccs). L'esercizio dei diritti civili non è un presupposto indispensabile, dato che si tratta di un diritto inerente alla personalità. A differenza del mandato relativo alle cure mediche (art. 370 cpv. 1 Nccs), non è necessaria neppure la maggiore età³⁷.

medico non sia tenuto a seguire alla lettera i desideri del paziente. Se, ad esempio, è già trascorso molto tempo dal momento in cui i desideri sono stati espressi e nel frattempo la medicina ha fatto progressi, può essere giustificato ad adottare una decisione diversa da quella richiesta dalla persona interessata. Il medico si deve pertanto sempre accertare che la decisione del paziente sia applicabile alla situazione concreta e sia presumibilmente ancora valida in rapporto alle nuove scoperte in campo medico. Foglio Federale (FF) 2002 277.

³⁷ L'avamprogetto conferisce un peso maggiore, quantomeno di principio, alle direttive dal paziente, le quali non vanno semplicemente tenute in considerazione, ma avranno valore di consenso o di rifiuto di una terapia qualora si verificasse la situazione paventata (cpv. 2 per. 1). In tal caso non sarebbe necessario richiedere il consenso di un rappresentante legale. Le direttive del paziente sarebbero nondimeno determinanti soltanto se sufficientemente chiare (cpv. 2 per. 1); ciò avviene quando il medico sa esattamente se può o meno ricorrere a una determinata terapia. In caso di dubbi, cioè quando le disposizioni non sono sufficientemente chiare, la decisione spetterà a una persona abilitata a rappresentare il paziente o, in casi urgenti, al medico curante, il quale dovrà comunque tenere conto delle direttive del paziente (cpv. 2 per. 2). Se una persona ha redatto direttive anticipate, in linea

Spesso si obietta che una persona sana non può sapere come reagirà di fronte a una malattia. L'essere umano è tuttavia in grado di prendere decisioni fondamentali, in piena autonomia, ad esempio, circa il modo in cui garantirsi una fase terminale dell'esistenza nella dignità³⁸. Inoltre, un paziente può sapere con sufficiente certezza,

di principio è lecito presumere che disponesse delle informazioni rilevanti ai fini di una corretta formazione della volontà e che abbia rinunciato ad approfondire ulteriormente la questione. Poiché le direttive del paziente avranno per legge valore di consenso a una terapia o di rifiuto della stessa, non sarà possibile contestarne la validità adducendo che il loro autore non fosse sufficientemente informato. Nelle direttive in questione è tuttavia insito il rischio che esse non corrispondano più al volere dell'interessato. Tali dubbi dovranno tuttavia essere fondati (cpv. 3); in altri termini dovranno basarsi su elementi concreti e ciò avverrà presumibilmente quando esse contrasteranno con una soluzione ritenuta inopportuna dal medico o dal personale curante. Le direttive non esplicheranno effetto alcuno se vi sarà motivo di dubitare che non corrispondano alla volontà del paziente; poiché nel frattempo il paziente è tuttavia divenuto incapace di discernimento, occorrerà basarsi sulla sua volontà presumibile (cpv. 3). I dubbi saranno senz'altro legittimi quando il paziente ha redatto le direttive diversi anni prima e in tempi recenti avrà espresso un'opinione diversa – si pensi anche al caso in cui, al momento di redigere le direttive, non era possibile prevedere l'avvento di nuove opzioni terapeutiche. I progressi della scienza medica potranno essere presi in considerazione al momento di appurare quale sarebbe la decisione dell'interessato nella situazione reale e potranno comunque fornire indirizzi utili. Come per l'impugnazione delle disposizioni a causa di morte in presenza di vizi della volontà (art. 519 cpv. 1 n. 2c), le direttive anticipate non esplicheranno inoltre effetto alcuno se vi sarà motivo di dubitare che siano espressione della libera volontà dell'estensore (cpv. 3). Esse dovranno essere ragionevoli e saranno interpretate tenendo conto della situazione concreta. Si veda: Commissione peritale per la revisione totale del diritto tutorio, *Protezione degli adulti. Rapporto*, cit., p. 29.

³⁸ Nell'avanprogetto del nuovo Codice civile elvetico si rileva che, in caso di mancato rispetto della forma, le direttive anticipate conservano comunque un valore indicativo; al tempo stesso le direttive orali possono essere utili a determinare la volontà presumibile del paziente, volontà in base alla quale è chiamata a decidere la persona incaricata della rappresentanza (art. 435 cpv. 2 Nccs). L'autore delle direttive deve fare in modo che i destinatari ne siano informati (cpv. 4). Si rinuncia pertanto a istituire un registro centrale delle direttive, in quanto ne deriverebbero numerosi problemi. Un medico sarebbe infatti sempre tenuto a contattare il Servizio centrale prima di intervenire. Occorrerebbe inoltre adottare precauzioni particolari in materia di protezione dei dati, il che renderebbe alquanto difficoltosa la ricerca di informazioni presso il Servizio centrale. Commissione peritale per la revisione totale del diritto tutorio, *Protezione degli adulti. Rapporto*, cit., p. 29.

soprattutto se ha già vissuto diverse fasi della malattia, quale terapia lo attende e quali saranno gli effetti di essa sulla qualità della vita³⁹.

Secondo la dottrina dominante e la giurisprudenza svizzera, un intervento medico invasivo va considerato una lesione della personalità, anche quando sia effettuato *lege artis*. Un simile intervento è pertanto illecito, a meno che non sia dato un motivo giustificativo⁴⁰.

In base all'articolo 28 capoverso secondo del Ccs, una lesione della personalità è illecita quando non è giustificata dal consenso della persona lesa, da un interesse preponderante pubblico o privato oppure dalla legge. Il consenso, il motivo giustificativo più importante, presuppone tuttavia che il paziente sia capace di intendere e di volere. Nel caso di un fanciullo incapace di intendere e di volere, sono i genitori, in quanto rappresentanti legali, ad acconsentire a un eventuale trattamento medico. Nel caso di persone incapaci di intendere e di volere poste sotto tutela, il diritto vigente ritiene sufficiente il consenso del tutore. All'occorrenza, il consenso a una terapia può essere dato anche dal curatore, qualora il curatelo sia incapace di intendere e di volere.

Le leggi sanitarie cantonali prevedono oggi soluzioni diverse riguardo al modo di procedere nei confronti di persone incapaci di intendere e di volere. In casi urgenti, deve comunque essere ammessa la possibilità di intervenire anche in assenza di un consenso. In simili casi, il personale medico è tenuto ad agire conformemente alla volontà presumibile del paziente e agli interessi oggettivi dello stesso⁴¹.

³⁹ Le direttive vanno messe per scritto (cpv. 1). Mentre il mandato relativo alle cure mediche deve contenere data e firma (art. 370 cpv. 3), le direttive del paziente abbisognano unicamente della firma autografa dell'interessato (art. 13 cpv. 1 CO), poiché nel loro caso non è prevista una durata di validità determinata (artt. 371 e 363 cpv. 1). È infine necessario rilevare che le direttive del paziente rivestono per legge importanza limitata in situazioni d'urgenza (cfr. il commento ad art. 436) e in caso di trattamento di disturbi psichici nell'ambito di un ricovero a scopo d'assistenza (cfr. il commento ad artt. 428 e 429). Si veda Commissione peritale per la revisione totale del diritto tutorio, *Protezione degli adulti. Rapporto*, cit.

⁴⁰ In tal senso L. D'AVACK, *Scelte di fine vita. Testamento biologico*, cit., pp. 47-88. G. FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e sospensione dei trattamenti medici. Testamento biologico*, cit., pp. 141-162

⁴¹ L'avamprogetto uniforma la situazione giuridica, disciplinando la rappresentanza di persone incapaci di discernimento agli articoli 434-436 del Nccs. In virtù del principio della sussidiarietà e del diritto di autodeterminazione, tale normativa

Perché la nuova struttura del Codice tenga debitamente conto del principio di proporzionalità⁴², probabilmente dovrà essere previsto un unico istituto giuridico della curatela, disposta quando un individuo non è più in grado di curare i propri interessi⁴³ e l'assistenza di congiunti o di servizi pubblici o privati non può sopperire a tali deficienze⁴⁴.

è tuttavia destinata ad applicarsi soltanto se l'interessato non ha provveduto da sé a regolare il caso di un'eventuale incapacità di discernimento, incaricando una persona determinata di acconsentire in sua vece a una terapia (art. 370 ss. Nccs). In presenza di un mandato relativo alle cure mediche, il controllo da parte di un'autorità rivestirà importanza minore rispetto al caso del compimento di un negozio giuridico, in quanto il consenso a un intervento medico non è di per sé sufficiente a garantirne la liceità. L'intervento deve anche essere indispensabile sotto il profilo medico; spetterà dunque al medico valutarne la necessità e assumersi la responsabilità di tale decisione.

⁴² Del resto il principio di proporzionalità è posto a cardine della dottrina cattolica in materia di eutanasia, si veda, Congregazione per la Dottrina della Fede, *Iura et bona. Dichiarazione sull'eutanasia*, (5 maggio 1980), parte IV. Esso rappresenta sul piano normativo un approccio ai problemi di fine vita che cerca di evitare, da un lato, le strategie vitaliste, dall'altro, la scelta dell'abbandono. Il principio di proporzionalità presuppone la ricerca del bene integrale della persona secondo il principio di totalità e pertanto non è etico perseguire risultati parziali delle cure, a scapito del bene globale del malato e della sua sofferenza. Il principio di proporzionalità è richiamato con forza dalla sentenza dell'High Court britannica del 7 ottobre 2004, relativa al caso di Charlotte Wyatt, a riguardo si veda: S. ERTELT, *British High Court Judge Approves Euthanasia of Baby Charlotte*, in «The Telegraph», 10 ottobre 2004; S.K. TEMPLETON, L. ROGERS, *Has science created a dilemma society cannot solve?*, in «The Sunday Times», 10 ottobre 2004.

⁴³ Sulla base del principio di sussidiarietà sono chiamati a prestare assistenza, mediante il diritto legale di rappresentanza riconosciuto al coniuge dall'articolo 431 ccs e il diritto di rappresentanza in ambito medico di cui all'articolo 434 ccs, i familiari, le altre persone prossime all'interessato, nonché altri servizi pubblici o privati. Le stesse regole varranno per l'assistenza sociale e per quella medica ambulatoriale. Relativamente al mandato precauzionale relativo alle cure mediche si veda comunque: Commissione peritale per la revisione totale del diritto tutorio, *Protezione degli adulti, Rapporto*, cit., p. 26.

⁴⁴ Va da sé che l'adozione di tali misure può essere presa in considerazione soltanto se una persona non ha preso da sé i necessari provvedimenti, ad esempio conferendo mandati ai sensi del Codice delle obbligazioni (art. 394 ss. CO), costituendo un mandato precauzionale (art. 360 ss.) o redigendo direttive anticipate (art. 373). Al momento di istituire una curatela, occorre tenere conto anche dell'aggravio causato ai congiunti e della protezione di terzi (cpv. 2). L'articolo in questione non fa menzione della sicurezza delle relazioni giuridiche con i terzi; tale aspetto è preso in considerazione dagli articoli 449 capoversi 2 e 3 e 450 capoversi 1 e 2 Nccs. Cfr.: Commissione peritale per la revisione totale del diritto tutorio, *Protezione degli adulti, Rapporto*, cit., pp. 30-32.

5. *Le diverse forme di curatela nel nuovo Codice civile svizzero (Nccs)*

L'avamprogetto distingue quattro forme di curatela le cui caratteristiche – pur ispirandosi alle misure vigenti – sono più rispondenti alle esigenze sopravvenute in questi anni di grandi mutamenti nel sentire sociale. Le curatele d'accompagnamento e di rappresentanza sono una versione riveduta e corretta della curatela attuale. La curatela d'accompagnamento non limita l'esercizio dei diritti civili del curatelato. Nel caso della curatela di rappresentanza, l'interessato è obbligato dagli atti del curatore. L'autorità competente può inoltre limitare l'esercizio dei diritti civili del curatelato relativamente a singoli aspetti delle decisioni assunte dal curatore. La curatela di cooperazione viene istituita quando la protezione della persona bisognosa di aiuto richiede che taluni suoi atti siano subordinati al consenso di un curatore. La curatela generale, infine, è l'istituto che succede all'interdizione e priva per legge il curatelato dell'esercizio dei diritti civili. La curatela generale viene disposta in particolare nei confronti di persone affette da una perdurante incapacità di intendere e di volere⁴⁵.

⁴⁵ Il capo dedicato alle curatele del Nccs è suddiviso in nove sezioni e comprende gli articoli 377-415. La prima sezione definisce i presupposti dell'istituzione di una curatela ed elenca sinteticamente le varie forme di curatela. Se, in ragione dell'ampiezza dei compiti, la nomina di un curatore appare manifestamente sproporzionata, l'autorità di protezione degli adulti può compiere di sua iniziativa gli atti necessari o incaricare un terzo dell'adempimento di determinati compiti (art. 379 cpv. 3). Le singole forme di curatela vengono illustrate nel dettaglio alla sezione 2, specificando in particolare quale influsso esse abbiano sulla capacità civile dell'interessato. La terza sezione si occupa della fine della curatela. La quarta sezione definisce i requisiti che deve soddisfare il curatore e disciplina la nomina, la contestazione della nomina e la retribuzione del curatore. La sezione quinta è dedicata all'esercizio della curatela, la sesta alla cooperazione con l'autorità di protezione degli adulti e la settima al ricorso contro gli atti del curatore. L'ottava sezione enuncia regole speciali applicabili ai congiunti. La nona sezione, infine, regola la fine dell'ufficio del curatore. Il capoverso 1, al numero 1, definisce la condizione soggettiva cui è subordinata l'istituzione di una curatela al fatto che si sia di fronte a una menomazione mentale, un disturbo psichico o un analogo stato di debolezza del curatelato. Di per sé, lo stato di debolezza non costituisce un motivo sufficiente all'istituzione di una curatela; è infatti necessario che, a causa di tale stato di debolezza, l'interessato non sia, affatto o solo parzialmente, in grado di curare i propri interessi. In funzione degli interessi che necessitano di essere salvaguardati si determina inoltre quale forma di curatela debba essere istituita nel caso concreto (cfr. art. 378). Si veda Commissione peritale per la revisione totale del diritto tutorio, *Protezione degli adulti. Rapporto*, cit., p. 31 e ss.

Il progetto di legge sembra privilegiare dunque il ricorso ad una forma attenuata del *Durable Power of Attorney for Health Care*, nel senso che si prevede la possibilità per le autorità pubbliche di disporre il ricovero a scopo di assistenza⁴⁶. La nuova regolamentazione, se fa salvo l'intervento dei parenti stretti, rivaluta in un qualche modo il peso delle direttive anticipate o del mandato preventivo, direttamente conferito al rappresentante dal soggetto interessato⁴⁷. Una particolare attenzione sembra riservare la nuova regolamentazione nei confronti dei diritti di coloro che vengono ricoverati in un istituto di assistenza. Costoro verrebbero garantiti dalla stipula di un contratto scritto, soprattutto in ordine alla loro libertà di movimento. Ai Cantoni viene attribuito un compito di vigilanza sulle attività di accoglienza e cura negli istituti in cui vengono ricoverate perso-

⁴⁶ Il progetto del Nuovo Codice civile svizzero (Nccs), nel capo 2.2 relativo alle "misure di protezione degli adulti adottate dall'autorità" (artt. 374 e seg Nccs) prevede la possibilità per l'autorità pubblica e specificamente per i Cantoni di disporre il ricovero della persona a scopo di assistenza (artt. 420-421 Nccs). In tal modo il potere del procuratore terapeutico o del rappresentante viene surrogato dall'autorità pubblica quando i primi non sono in grado di assolvere ai loro compiti (art. 375 Nccs).

⁴⁷ Nel descrivere il contenuto del mandato precauzionale generico l'avamprogetto a proposito dell'art 360 Nccs ricorda che il primo capoverso enuncia il principio secondo cui ognuno può designare la persona chiamata a rappresentarlo nel caso in cui dovesse divenire incapace di intendere e di volere. Nel momento in cui redige il mandato, il mandante deve avere l'esercizio dei diritti civili (egli deve dunque essere maggiorenne e capace di intendere e di volere; cfr. art. 13 CC). Il mandato precauzionale deve descrivere con la massima precisione possibile le mansioni del mandatario, le quali possono ad esempio includere tutti i compiti di assistenza alla persona o di amministrazione della sostanza che il curatore è chiamato ad assolvere quando una persona incapace di discernimento viene posta sotto curatela generale (art. 384). Il mandante può, ma non deve, impartire istruzioni circa l'adempimento del mandato (cpv. 2). Se il mandato precauzionale si propone di garantire l'amministrazione della sostanza, è ad esempio possibile ingiungere al mandatario di non operare determinati investimenti. Se il mandato precauzionale contempla anche l'assistenza a favore del mandante, di norma esso è conferito soltanto a persone fisiche cui il mandante è unito da un rapporto di fiducia. Il mandato può nondimeno riguardare un ambito in cui le capacità professionali sono più importanti di un legame personale. L'avamprogetto permette pertanto di designare quale rappresentante non solo una persona fisica, ma anche una persona giuridica (cpv. 1). Si intende in tal modo consentire al mandante di affidare la rappresentanza a determinate istituzioni specializzate (ad esempio *Pro Senectute* o una banca). È infine necessario indicare il nominativo o la denominazione del mandatario".

ne incapaci di intendere e di volere⁴⁸. Benché il progetto sembri riproporre il ruolo delle strutture pubbliche, occorre riflettere sul dibattito relativo agli oneri concernenti la retribuzione del curatore, a proposito dei quali sembra prevalere l'opinione che il costo di tale

⁴⁸ “Le persone incapaci di discernimento che vivono all'interno di un istituto non beneficiano sempre della protezione giuridica e psicosociale di cui necessitano. Regolarmente le carenze nell'ambito dell'assistenza stazionaria attirano l'attenzione dell'opinione pubblica. Data l'ampiezza delle critiche, in talune regioni svizzere la situazione ha quasi assunto le proporzioni di una crisi. Le lamentele non riguardano tanto l'illiceità di una privazione della libertà, quanto piuttosto la qualità dei servizi, le lacune dell'assistenza personale e la scarsa trasparenza dei rapporti contrattuali tra istituto e ospiti dello stesso. Spesso si lamenta inoltre che negli istituti le persone incapaci di discernimento soffrano di solitudine e che non si tenga debitamente conto dei loro bisogni personali”. È perciò che alcune legislazioni cantonali sono state modificate. La legge sanitaria adottata nel 1999 dal Cantone di Friburgo, ad esempio, contiene numerose disposizioni concernenti l'assistenza alle persone degenti in istituti di cura (art. 41) e l'assistenza ai malati terminali (art. 42). Una normativa federale che si occupi specificamente dell'assistenza stazionaria, modellata sulla legge tedesca del 1974 sugli istituti d'accoglienza (*Heimgesetz*), non sembra per contro destare grande interesse in Svizzera. Tra le questioni che il legislatore deve regolamentare, vi è quella di stabilire chi sia abilitato a stipulare, in nome di un coniuge, di un parente o di un'altra persona colpita da incapacità di intendere e di volere, un contratto d'assistenza che preveda le prestazioni fornite dall'istituto di cura o d'accoglienza e la relativa retribuzione. Se si dovesse sempre istituire una curatela di rappresentanza, tale formalismo verrebbe difficilmente compreso dai congiunti dell'interessato. D'altro canto, la rinuncia a disciplinare tale questione non sarebbe una soluzione soddisfacente, in quanto l'assenza del diritto di rappresentanza impedirebbe ai congiunti di onorare correttamente le loro responsabilità. “L'avamprogetto propone pertanto che le persone abilitate alla rappresentanza in ambito medico possano anche stipulare un contratto d'assistenza. L'avamprogetto stabilisce inoltre le condizioni cui è subordinata l'adozione di misure restrittive della libertà di movimento. I Cantoni sono obbligati a sottoporre a vigilanza gli istituti d'accoglienza e di cura che ospitano persone incapaci di discernimento. Tali istituti debbono in particolare essere ispezionati senza preavviso da specialisti. La vigilanza si prefigge di impedire o rilevare abusi, di adottare misure atte ad ovviare alle eventuali carenze o a migliorare l'atmosfera all'interno dell'istituto, nonché di valutare e promuovere metodi d'assistenza positivi. La commissione peritale ha per contro respinto la proposta di imporre ai Cantoni l'istituzione di un ufficio di mediazione a cui potrebbero rivolgersi gli ospiti di istituti d'accoglienza o di cura, i loro parenti e il personale curante. Ciò non impedisce tuttavia ai Cantoni di istituire *motu proprio* organi simili”. Le nuove disposizioni si prefiggono di proteggere le persone molto anziane e quelle affette da menomazioni mentali congenite. La normativa si applica a tutti gli adulti incapaci di intendere e di volere. Commissione peritale per la revisione totale del diritto tutorio, *Protezione degli adulti*, cit., pp. 15-16.

servizio debba essere a carico del soggetto interessato⁴⁹. La filosofia dichiarata che ispira l'intero intervento legislativo è quella di "rafforzare la solidarietà tra familiari e sgravare lo Stato"⁵⁰.

L'interesse per questo dibattito, non ancora conclusosi nel momento in cui scriviamo, è dato dalle profonde influenze che il diritto prodotto dall'autodisciplina e dalle direttive dell'AssM esercita sul legislatore, il quale utilizza le relazioni sociali, in una sorta di sperimentazione sul campo, anche ai fini di valutarne l'efficacia e la praticabilità, come uno strumento di elaborazione e di verifica delle soluzioni più opportune da assumere poi a livello codicistico⁵¹.

Non vi è dubbio che il dibattito appena ricostruito porti a ritenere che, in un contesto normativo quale quello elvetico, è coerente che il trattamento eutanasi assuma, come nell'ordinamento australiano, le caratteristiche del trattamento sanitario⁵², e ciò si evince dalle norme in

⁴⁹ L'avamprogetto accoglie l'opinione espressa in sede di consultazione da numerose categorie professionali e, tra queste, dai banchieri a proposito della retribuzione da corrispondere al mandatario (art 367 Nccs) secondo il quale "la retribuzione del mandatario e le spese necessarie da questi sostenute sono poste a carico del mandante" (cpv. 2). Si veda Commissione peritale per la revisione totale del diritto tutorio, *Protezione degli adulti*, cit., p. 25.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 10-11.

⁵¹ Il sistema istituzionale elvetico si caratterizza, anche a causa della sua struttura federale, per la scelta del metodo consociativo nella predisposizione delle norme di rilevante impatto sociale, quali sono quelle che coinvolgono, come l'eutanasia, significativi valori etici. Da ciò discende che la procedura di elaborazione di questo tipo di norme segue un percorso "lento" e utilizza strumenti "deboli". Infatti si lascia la possibilità a enti quali l'Accademia Svizzera delle Scienze Mediche di "normare" su tali materie attraverso Direttive e raccomandazioni, disposizioni queste che assumono valore di legge suppletiva. Al tempo stesso si lascia che le autorità cantonali provvedano, nella loro autonomia, a dettare le norme che regolano il fenomeno, rispondendo alle specifiche esigenze che vengono dalla particolare sensibilità della popolazione del Cantone. Un ruolo non secondario svolgono in questa procedura i Tribunali e, in particolare, il Tribunale Federale di Losanna, chiamati a pronunciarsi su casi concreti che tuttavia diventano emblematici dell'esistenza a livello collettivo di una domanda sociale a proposito di alcune problematiche bioetiche. Si ha modo così di lasciare crescere e aggregarsi il consenso sugli elementi qualificanti di una possibile regolamentazione giuridica del fenomeno che, a nostro avviso, verrà assunta a livello di legge federale per essere inserita gradualmente nella Costituzione, come nei codici. La nostra indagine interviene presumibilmente nella fase finale di questo processo. Sui termini generali del problema si veda comunque A. LIJPHART, *Le democrazie contemporanee*, Il Mulino, Bologna, 2001.

⁵² F. BOTTI, *Una legge contestata: l'eutanasia in Australia*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO e G. PAPPALARDO (a cura di), *Eutanasia e diritto: confronto tra discipline*, cit., p. 194, nota 47.

materia di assicurazione sulla vita. Il paziente può accedere direttamente o tramite suoi fiduciari al trattamento eutanasi, e la morte è uno degli eventi possibili nell'ambito delle diverse opzioni medicali.

E qui l'ordinamento svizzero utilizza l'esperienza a riguardo dell'ordinamento belga in cui, grazie ad un dibattito parlamentare acceso e scrupoloso⁵³, si è pervenuti alla medesima conclusione, fissando in due anni dalla data della stipula della polizza assicurativa il limite per escludere un rapporto di causalità tra sottoscrizione della polizza e morte, proprio per evitare un uso fraudolento del procedimento eutanasi.

Da ciò consegue che, anche ai fini del diritto delle assicurazioni, la morte per eutanasia non può che considerarsi come morte naturale ovvero come uno degli eventi possibili per effetto di una terapia lecita⁵⁴. La morte liberamente scelta sarà considerata in Svizzera, anche agli effetti giuridici, come morte naturale, con riflessi significativi, tra l'altro, sul diritto delle assicurazioni e sulla possibilità di riscuotere polizze assicurative sulla vita⁵⁵.

⁵³ Per una puntuale ricostruzione di tale dibattito si veda G. CIMBALO, *Eutanasia, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione di Danimarca, Olanda e Belgio*, in «Il Foro it.», V, 32, estratto, febbraio 2003, pp. 22-37.

⁵⁴ Al riguardo l'articolo 48 dell'RS 832.202 Ordinanza sull'assicurazione contro gli infortuni (OAINF), modificato dalla RU 1998 151, stabilisce che: "Anche se è provato che l'assicurato intendeva suicidarsi o automutilarsi, l'articolo 37 capoverso 1 della legge non è applicabile se l'assicurato, al momento dell'azione e senza propria colpa, era completamente incapace di agire ragionevolmente, o se il suicidio, il tentato suicidio o l'automutilazione vanno indubbiamente ascritti ad un infortunio assicurato". L'articolo 37 della suddetta legge, in tema di "Nascita ed estinzione del diritto", recita che: "Il diritto a un assegno per grandi invalidi nasce il primo giorno del mese in cui sono soddisfatte le relative condizioni, ma al più presto all'inizio di un eventuale diritto alla rendita. Esso si estingue alla fine del mese in cui non ne sono più soddisfatte le condizioni o l'avente diritto muore".

⁵⁵ Per tutte le compagnie di assicurazioni sulla vita, si veda ad esempio l'Allianz Suisse. La formula assicurativa utilizzata in caso di suicidio è la seguente: "Se la persona assicurata muore in seguito a suicidio dopo tre anni dall'entrata in vigore dell'assicurazione, Allianz Suisse corrisponderà l'intera prestazione assicurata. In caso di suicidio o di decesso in seguito a tentato suicidio prima della scadenza di detto termine, Allianz Suisse verserà soltanto la riserva matematica. Si ha un caso di suicidio anche se al momento dell'atto la persona assicurata era totalmente o parzialmente incapace di intendere". E ancora: "Non sussiste alcun diritto alla liberazione dal pagamento dei premi se l'incapacità al guadagno è stata causata o aumentata intenzionalmente o è conseguenza di un tentativo di suicidio, di eventi bellici, della partecipazione a tumulti, di un crimine o di un delitto intenzionale della persona assicurata". Cfr. Allianz Suisse Società di Assicurazioni sulla Vita, *Condizioni generali (CG). Assicurazione sulla vita legata a fondi di investimento*, Edizione 10.2003, punto 6, "Estensione della copertura assicurativa".

CAPITOLO V

L'EUTANASIA COME PROBLEMA SOCIALE, CULTURALE, RELIGIOSO ED ETICO NELLA SOCIETÀ SVIZZERA

1. *L'ordinamento elvetico di fronte alle questioni bioetiche: un approccio personalistico*

L'orientamento personalistico, frutto di una cultura fortemente influenzata dai valori del protestantesimo, permea l'intera società elvetica e trova riscontro e compimento anche all'interno dello stesso ordinamento giuridico, conferendo all'individuo una posizione di centralità e primazia: attorno alla persona ruota l'intero mondo istituzionale, normativo e politico. Anche in Svizzera lo Stato non sfugge alla tentazione, presente in tutte le società "mature", di legiferare in materie un tempo lasciate all'autodisciplina, ma, invece di assumere su di sé l'onere di definire i valori e indicare le scelte in campo etico, si mostra ancora una volta rispettoso dell'autonomia dei privati e si limita a garantirne il quadro di operatività perché l'autotutela possa dispiegare i suoi effetti. Questo *modus operandi* risulta possibile ed è facilitato dalla struttura federale dello Stato e dalla particolare natura dell'ordinamento giuridico e istituzionale del paese¹.

¹ Il federalismo svizzero si caratterizza per una sussidiarietà solidale e cooperativa molto accentuata che incide notevolmente sui processi decisionali. Senza la pretesa di voler essere esaustivi sul punto si vedano: H. KRIESI, *Le système politique suisse*, Economica, Paris, 1997; Y. PAPADOPULOS, *Les processus de décision fédéraux en Suisse*, L'Harmattan, Paris, 1997; A.-V. POTTRY, *La fonction d'ordre de l'Etat. Analyse des mécanismes et des déterminants sélectifs dans le processus législatif suisse*, Peter Lang, Berne, 1989; W. LINDER, *Swiss democracy. Possible solutions to conflict in multicultural societies*, Oxford University Press, New York, 1994; V. MARTENET, *L'autonomie constitutionnelle des cantons*, Bâle, tesi consultata Univ. Genève, 1999; J. BLONDEL, *Il modello svizzero: un futuro per l'Europa?*, in «Riv. it. scienza pol.», 1998, 2, S. 203-227; J. HOTTINGER, *La Suisse, une démocratie consociative ou de concordance?*, in «Rev. Inter. Pol. Comp.», 1997, 3, S. 625-638.

La presenza delle strutture cantonali, di istituti di democrazia diretta, sia referendaria che assembleare, consente di “cucire sulla pelle” dei diversi Cantoni le regole elaborate dal comune sentire delle popolazioni che li abitano, nel rispetto pieno della *lex loci*². Possiamo così riscontrare il prevalere di orientamenti diversi in territori magari contigui, in ragione delle diverse appartenenze religiose della popolazione, così come del grado di maggiore o minore permeabilità della compagine sociale sulla quale influiscono le tradizioni, la storia, i costumi locali. La dimensione territorialmente limitata dei Cantoni permette tuttavia di assorbire con relativa facilità l'eventuale dissenso in campo etico di una parte dei cittadini, attraverso la mobilità della popolazione all'interno dei Cantoni³. In tal modo la

² È del tutto naturale che i forti poteri cantonali privilegino le decisioni assunte in sede locale, tanto più che in alcuni di essi si favorisce l'iniziativa parlamentare individuale: E. WEIBEL, *Institutions politiques romandes. Les mécanismes institutionnels et politiques des cantons romands et du Jura bernois*, Editions Universitaires Fribourg, Fribourg, 1990; K. BAUMANN, *L'introduction de l'initiative parlementaire individuelle dans le canton du Jura. Un état des lieux*, in *Schweizerisches Zentralblatt für Staats und Verwaltungsrecht*, 1999, S. 505-21. La ricomposizione degli interessi nazionali è operata dal governo federale che conserva un ruolo importante di coordinamento delle differenti legislazioni locali. Cfr. A.-V. POITRY, *La fonction d'ordre de l'Etat*, cit., *passim*.

³ Sintomatico di questo fenomeno è la vera e propria “migrazione” verso il Cantone di Zurigo dei consumatori di sostanze stupefacenti verificatasi a partire dalla fine degli anni Novanta a causa delle leggi più permissive del Cantone in questa materia, a loro volta scaturite dalla forte diffusione del fenomeno. Per comprendere le ragioni di quanto è avvenuto bisogna considerare che l'area urbana di Zurigo è la più popolosa della Svizzera e perciò qui si concentrano i fenomeni di inurbamento tipici della società moderna. Va rilevato che una così forte emergenza del fenomeno ha spinto verso l'adozione di politiche di contenimento del danno che hanno portato ad un forte ridimensionamento dell'uso di sostanze stupefacenti. Si può affermare, dunque, che la concentrazione territoriale ha consentito e stimolato l'adozione di politiche di “aggressione” del danno, difficili da sostenere e attuare a fronte di una distribuzione dei tossicodipendenti parcellizzata nel territorio. Sulle politiche zurighesi di approccio alla tossicodipendenza, peraltro molto discusse, si veda M.F. AEBI, M. KILLIAS e D. RIBEAUD, *Does Community Service Rehabilitate better than Short-term Imprisonment? Results of a Controlled Experiment*, in «The Howard Journal of Criminal Justice», 30, 1, 2000, pp. 49-57; ID., *Prescription médicale de stupéfiants et délinquance. Résultats des essais suisses*, in «Criminologie», 32/2, 1999, pp. 127-148; ID., *Reduktion der Kriminalität durch “Unschädlichmachung” von Vielfachtätern – ein statistischer Trugschluss*, *Bewährungshilfe*, 46, 4, 1999, pp. 426-432; ID., *La prescripción graven de heroína en Suiza: efectos sobre la delincuencia de los toxicos gravemenos tratados*, in «Revista de derecho penal y criminología», 2, 4, 1999, pp. 713-731.

particolare gestione del territorio può soddisfare le differenti esigenze poste dall'applicazione del pluralismo etico che caratterizza anche la società svizzera. Le risultanze di tale sistema potrebbero servire da modello per le politiche da adottare in Stati di recente o progressiva federalizzazione. Tuttavia il sistema che abbiamo descritto riesce effettivamente a funzionare grazie agli strumenti di forte contenimento dell'incremento della popolazione del paese nel quale solo una parte di coloro che lo abitano sono in possesso dei pieni diritti di cittadinanza, del diritto di partecipazione alla vita amministrativa e di voto. Questo fa sì che la composizione della popolazione svizzera – intesa come persone in possesso dei pieni diritti di cittadinanza – sia tra le più stabili del mondo⁴. L'autodisciplina può quindi operare perché coloro che possono ricorrervi sono ben individuabili e costituiscono un gruppo finito di persone; il loro incremento numerico e comunque l'estensione allo straniero di tali norme avvengono come abbiamo visto, esclusivamente su base censitaria mediante un complesso reticolo di norme che presiedono all'ottenimento della cittadinanza, di modo che la tenuta complessiva del sistema non risulta alterata dalla presenza di popolazione immigrata, che pure esiste ed è numericamente rilevante⁵.

L'adozione di politiche locali permette di plasmare le regole in rapporto al sentire delle popolazioni. Tuttavia questa autonomia non può essere assoluta, tanto più che l'esistenza del livello federale impone regole comuni, a maggior ragione in materie che riguardano i diritti fondamentali tra i quali vanno certamente ricomprese la salute e la vita.

⁴ Cfr. *Legge federale su l'acquisto e la perdita della cittadinanza svizzera (Legge sulla cittadinanza [LCit])* risale al 29 settembre 1952.

⁵ La legge sulla cittadinanza è stata modificata il 3 ottobre 2003 e la modifica è entrata in vigore dal 1 gennaio 2006. Si stabilisce che "Fino al 1° gennaio 2006, il figlio di padre svizzero non coniugato con la madre straniera non diventava automaticamente svizzero con la Costituzione del rapporto di filiazione. Di conseguenza, il figlio nato prima del 1° gennaio 2006 di padre svizzero non coniugato con la madre straniera può presentare una domanda di naturalizzazione agevolata prima del compimento del ventiduesimo anno d'età. Compiuti i ventidue anni, può presentare una domanda di naturalizzazione agevolata se ha stretti vincoli con la Svizzera". È da notare che la persona priva della cittadinanza non può incidere sulla definizione delle regole, ma può fruire della regolamentazione adottata e sottoporsi quindi alle procedure eutanasiche allo stesso modo del cittadino.

Perciò nemmeno l'autonomia cantonale sfugge ai condizionamenti imposti dal principio di sussidiarietà verticale. Si ripiega allora su una diversità compatibile, oggi condizionata in Svizzera dall'allargamento delle previsioni costituzionali in materia di bioetica, poiché il timore per scelte particolaristiche ha accentuato il bisogno del controllo sociale collettivo in questo delicato settore. Non va dimenticato che il paese è caratterizzato da una solida e florida industria farmaceutica che fa della ricerca un elemento di sviluppo dell'economia e allora si è ritenuto che fosse opportuno porre delle rigide regole a livello della massima carta di garanzia in difesa di quei valori che i Cantoni hanno custodito e difeso per secoli con tanto accanimento e determinazione. Si ricordi che la Svizzera ospita giganti della ricerca e della farmaceutica come la Hoffmann-La Roche e Novartis (nata nel 1996 dalla fusione Ciba-Geigy e Sandoz) e che in Svizzera si è tenuto nel 1998 un referendum sul divieto dell'utilizzo di DNA ricombinante nella ricerca scientifica, certamente complesso per le questioni etiche che pone.

Il cittadino svizzero è stato ed è geloso custode dei diritti che gli sono assicurati dal possesso della cittadinanza e desidera che lo Stato lasci alla sua autonomia il più largo spazio⁶.

Tuttavia gli sviluppi recenti in campo scientifico e medico sono stati di tale entità e portata da rischiare di stravolgere anche il fluire ordinato di una società come quella svizzera, pure collaudato da un ordinamento che ha superato, nell'arco di due secoli, numerose prove. Ecco perché nella nuova Costituzione Federale entrata in vigore nel 2000⁷ ritroviamo una definizione puntigliosa e approfondita delle scel-

⁶ Di particolare significato è l'uso del referendum, strumento di democrazia diretta, utilizzato a tutti i livelli per consentire la partecipazione dei cittadini alle scelte dell'ordinamento. Ve ne sono di obbligatori e facoltativi. Sul punto si veda: B. KNAPP, *L'ordinamento federale svizzero*, Giappichelli, Torino, 1994; E.J. GRISEL, *Initiative et référendum populaires: traité de la démocratie semi-directe en droit suisse*, Staempfli, Berne, 2004; J.-L. GASSMANN, N. SCHMITT, *Le référendum des cantons. "Standesreferendum"*, in «Bulletin de législation», Granges-Paccot, 2003, n. 4, XV-XXVI; A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse. Les droits fondamentaux*, 2 voll., Staempfli Editions, Berne, 2000. Per una più completa documentazione rinviamo senz'altro alla bibliografia ragionata di S. GEROTTO, *Note sulla dottrina svizzera in tema di revisione totale della Costituzione*, in A. REPOSO (a cura di), *La revisione*, cit., pp. 65-71.

⁷ A sottolineare la stabilità dell'ordinamento svizzero ricordiamo che la Costituzione non veniva riformata dal 1848. Sul punto A. REPOSO (a cura di), *La revisione*, cit.

te in campo di bioetica, che vuole così fornire al legislatore cantonale e all'intera società uno strumento di riconduzione a razionalità del sistema in questo delicato settore, lasciando che l'unico confine invalicabile a questa spiccata e garantita autodeterminazione dell'individuo venga rappresentato dai poteri assicurati ad altri cittadini nell'esercizio dei propri diritti. Il limite alla libertà e alla potestà propria sarà pertanto costituito esclusivamente dalla libertà e dai diritti degli altri. La lesione della sfera di autonomia riconosciuta a ogni individuo non è consentita, a maggior ragione, quando in gioco entrano diritti fondamentali, come la salute. Il presidio giuridico posto a garanzia del sistema si fonda sulla Costituzione Federale rinnovellata, che disciplina puntigliosamente e dettagliatamente i trapianti, la procreazione medicalmente assistita e tutto ciò che è connesso in qualche modo alla bioetica, ma non si spinge fino al punto da toccare il problema dell'eutanasia.

Viene da chiedersi perché questa materia resti fuori dal quadro tracciato dal legislatore costituzionale. La questione della vita e della morte è un fatto che tocca le radici profonde e più intime della gestione di sé e della capacità di autodeterminazione dell'individuo. Il diritto a una buona morte o a una morte dignitosa è un diritto personalissimo; intervenire su di esso scuote certamente le coscienze, e questo è un elemento del quale il legislatore non può che prendere atto. Si tratta del terreno di confine vero tra la garanzia accordata all'autodisciplina e la tutela, attraverso la norma costituzionale, dei valori fondanti della società. Perciò l'ordinamento svizzero interviene con una metodologia particolarmente prudente e accorta, non vincolante, fluida; lascia il campo all'intervento dell'Assm e alle sue direttive e raccomandazioni: norme certe, ma per alcuni versi dall'efficacia indeterminata e comunque prive dell'autorevolezza delle norme statali, quasi che la loro legittimazione discenda più dalla competenza speciale degli ordini professionali dei medici e dalla scienza che dalle scelte sempre opinabili del legislatore⁸.

Con un tal modo di procedere la regolamentazione del fenomeno conserva carattere di "provvisorietà" in attesa che maturino

⁸ Si veda, *infra*, capitoli III e IV.

scelte condivise dalla maggioranza della popolazione⁹. Il carattere sperimentale delle disposizioni che regolano il ricorso all'eutanasia si accompagna con l'applicazione della teoria della limitazione del danno¹⁰, alla quale l'ordinamento svizzero ha fatto ricorso nei casi estremi di gestione di fenomeni non altrimenti arginabili, come, ad esempio, quello del contrasto all'uso di sostanze stupefacenti¹¹. Si tratta, anche in questo caso, di una problematica di forte impat-

⁹ Recentemente la Confederazione si è chiesta se è opportuno legiferare in materia di eutanasia e, nella relazione che accompagna l'Avamprogetto del 31 gennaio 2006, giunge alla conclusione di non doverlo fare, con riferimento all'eutanasia attiva indiretta e all'eutanasia passiva. Analogamente ritiene che non vi è "necessità urgente" di intervento in tema di assistenza al suicidio e che il c.d. turismo del suicidio non costituisce un problema meritevole di intervento legislativo. Si veda, a riguardo: Dipartimento Federale di Giustizia e Polizia, *Eutanasia e medicina palliativa. La Confederazione deve legiferare?*, Avamprogetto, Berna, 31 gennaio 2006, pp. 1-4. Restano così immutati gli articoli del Codice penale che disciplinano questa materie.

¹⁰ La RdD nasce nel XIX secolo in seguito allo sviluppo e al conseguente accrescimento del modello della *Public Health*. Le politiche di riduzione del danno si sono quindi ampliate negli anni Ottanta, in particolare in Olanda (primo paese ad intraprendere programmi di scambio di siringhe sterili) e in Inghilterra. In Italia si inizierà a parlare di riduzione del danno solo dopo il referendum del 1993, abrogativo delle norme punitive del consumo personale contenute nella legge 162/90. Cfr. L. MANCONI, *Legalizzare la droga. Una ragionevole proposta di sperimentazione*, Feltrinelli, Milano, 1991; P.A. O'HARE, *Prefazione. Note sul concetto di riduzione del danno*, in P.A. O'HARE, R. NEWCOMBE, A. MATTHEWS, E.C. BUNING e E. DRUCKER (a cura di), *The Reduction of Drug-Related Harm*, Routledge, New York, 1992 (trad. it. *La riduzione del danno*, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 1994, pp. 1-6.); R. NEWCOMBE, *La riduzione dal danno correlato all'uso di droga. Una definizione concettuale per la teoria, la pratica e la ricerca*, in *The Reduction*, cit. (trad. it. pp. 9-26).

¹¹ Una ricerca dell'Università di Zurigo ha individuato la ragione del calo del consumo di eroina nella "politica dei quattro pilastri", introdotta nel 1991 (prevenzione, terapia, riduzione del danno, repressione), che considera la tossicodipendenza una malattia e non un crimine. Di questa politica fa parte integrante il programma di distribuzione delle siringhe e di eroina adottato in numerose città svizzere. Si è constatato che dal 1975 al 1990 i nuovi consumatori nel Cantone di Zurigo erano aumentati ogni anno fino a 850, mentre dopo il 1991 sono cominciati a calare, fino ai 150 del 2002. I tossicodipendenti di Zurigo possono semplicemente recarsi in una struttura apposita e iniettarsi eroina controllata con aghi sterili. Sono seguiti da medici e operatori sanitari riducendo così al minimo il danno alla propria salute e a quella della società. C. NORDT, R. STOHLER, *Incidence of heroin use in Zurich, Switzerland: a treatment case register analysis*, in «The Lancet», 367, 2006, pp. 1830-1834; M. HICKMAN, J. MACLEOD, D. DE ANGELIS, *Harm-reduction interventions in injection drug use*, in «The Lancet», 367, 2006, pp. 1797-1798.

to sociale legata alla vita – e alla morte –, alla qualità della vita dei cittadini che subiscono gli effetti della dipendenza da tali sostanze e che coinvolge gli altri cittadini in ragione dei danni sociali che la dipendenza provoca, come le violenze e i reati commessi dai tossicodipendenti per procurarsi la droga¹².

Ebbene, il legislatore, pur continuando a reprimere il consumo di sostanze stupefacenti, in linea con il prevalere di una visione protestante nell'elaborazione dei valori etici, nella quale l'uomo – privo di intermediari – risponde a Dio in prima persona del proprio operato e delle proprie scelte, ricerca e valorizza la responsabilizzazione del soggetto. Si parte dal presupposto che il peccato e la propensione ad esso facciano parte della natura dell'uomo e perciò vadano accettati; l'errore è perseverare nei comportamenti moralmente, eticamente e giuridicamente riprovevoli. La funzione dello Stato e della società è quella di creare, con le opere, le condizioni per il ravvedimento di colui o di colei che viola le norme e ciò può essere fatto riducendo il danno che il comportamento riprovevole crea al soggetto e ai consociati¹³. La riduzione del danno deve salvaguardare tuttavia le scelte individuali. Occorre dunque che lo Stato vigili e che un tale modo di procedere sia costantemente monitorato dall'amministrazione e dalle pubbliche istituzioni, che rivestono la funzione di garanti della tutela della libertà di scelta di tutti¹⁴.

¹² M. KILLIAS, D. RIBEAUD e M.F. AEBI, *L'impact du programme suisse de prescription d'opiacés sur la délinquance des personnes traitées*, in *Suchtforschung des BAG. Recherches de l'OFSP en matière de dépendances 1996-1998*, voll. 2/4 (prévention), OFSP, Berne, 2000, pp. 133-140; ID., *Prescription médicale de stupéfiants et délinquance. Résultats des essais suisses*, in «Criminologie», 32, 2, 1999, pp. 127-148.

¹³ Sulle politiche penalistiche di riduzione del danno cfr. M. KILLIAS, *L'éthique et le droit: Discordances et points de rencontre*, Editions Universitaires de Fribourg, Fribourg, 2000, *passim*; ID., *Précis de criminologie*, Staempfli, Berne, 1991, 20012.

¹⁴ La procedimentalizzazione e il monitoraggio dell'applicazione delle disposizioni al fine di valutarne efficacia e adeguatezza caratterizzano le leggi in materia di bioetica, non solo in Italia, ma in tutto il mondo. Di frequente, al termine di tale procedura, si provvede all'aggiornamento dei protocolli applicativi della legge, in modo da adeguarne l'efficacia sulla base dei dati sperimentali ricavati o in relazione alle nuove conoscenze mediche intervenute. È ad esempio il caso della legge italiana 40/2004 sulla fecondazione assistita. Se si prendono in esame i provvedimenti adottati dai diversi ordinamenti in materia sia di aborto, sia di eutanasia, trapianti

Al tossicodipendente che continua a fare ricorso a sostanze stupefacenti si consente l'accesso legale a prezzo calmierato alla droga, l'assunzione con il minimo danno e sotto controllo medico delle sostanze alle quali non è in grado di rinunciare, mettendo in tal modo in atto una terapia di sostegno per indurlo a superare la dipendenza. L'effetto collaterale da non sottovalutare di un tale *modus operandi* è quello di limitare il danno sociale che la tossicodipendenza di solito produce, costituito dalla microcriminalità alla quale il tossico ricorre per procurarsi la droga, dall'insorgere di malattie contagiose quanto invalidanti, dall'aumento di fenomeni quali la prostituzione¹⁵.

Se trasportiamo queste scelte nel settore dei problemi in materia di trattamenti di fine vita, qualità della vita, diritto a una buona morte, abbiamo modo di vedere come la scelte dell'ordinamento elvetico, che abbiamo ricostruito nel corso di questo lavoro, appaiano molto meno incomprensibili ed empiriche, meno settoriali e disorganiche di quanto, ad un primo impatto, possa sembrare. Esse rispondono a una strategia di riduzione del danno, nell'impossibilità di governare altrimenti il fenomeno, permettono di ottenere le necessarie garanzie perché venga rispettata la volontà del soggetto, attraverso l'accertamento dell'assenza di interesse personale nell'azione di colui che pratica l'aiuto a produrre l'evento eutanasico. In questo senso il mantenimento della norma penale che punisce l'aiuto al suicidio e l'eutanasia è significativo della prudenza con la quale l'ordinamento svizzero guarda ai problemi e alle pratiche di fine vita¹⁶.

di organi, fecondazione assistita e cambiamento di sesso, possiamo rilevare che tutti ricorrono alla tecnica della procedimentalizzazione. Essa permette, rispettando determinate condizioni, che l'azione, collocata all'interno del contesto di una procedura stabilita, non costituisca reato e perciò non venga sanzionata dall'ordinamento. È quanto avviene in Olanda, Belgio, Spagna, Francia e nella stessa Svizzera. Per gli aspetti teorici del problema, in rapporto soprattutto al diritto penale, si veda F. Sgubbi, *Il diritto penale incerto*, cit., *passim*.

¹⁵ M. KILLIAS, *La criminalisation de la vie quotidienne et la politisation du droit pénal*, in «Rapports et communications de la Société suisse des juristes», 129, 1995, pp. 365-458, ora in «Revue de droit suisse», NF 114, II, 1995.

¹⁶ Ancora oggi gli articoli 239-240 del c.p. danese condannano rispettivamente l'omicidio commesso su richiesta della vittima e l'aiuto al suicidio, anche se gli articoli 84 e 85 dello stesso Codice stabiliscono che la sanzione può essere attenuata o non erogata se l'atto punibile è commesso in particolari circostanze

Bisogna inoltre prendere atto dell'incidenza delle nuove patologie che insorgono su larga scala, anche a causa del prolungarsi della vita. Esse impongono una rinnovata attenzione alla tutela di un bene quale quello del rispetto della persona umana, della sua personalità, della rappresentazione di sé che ognuno vuole dare agli altri, attraverso decisioni gravi da assumere, in situazioni dove sono a rischio valori che hanno caratterizzato l'intera vita del soggetto. Il venir meno della disponibilità di sé, di disporre della propria persona collide, o può collidere, con scelte etiche che caratterizzano una intera vita.

Pertanto le soluzioni individuate non sono altro che il frutto di un'elaborazione costante e verificata di scelte etiche di un'intera società: ne rispecchiano il pensiero e ne rappresentano l'anima. La libertà di scelta della condotta di vita e di morte lasciata al singolo, seguita da una attenta regolamentazione, porta, anche se per taluni può apparire paradossale o comunque non condivisibile, ad un ridimensionamento per lo meno quantitativo del ricorso all'eutanasia e a una maggiore responsabilizzazione del singolo nel difendere le sue scelte in materia.

2. La posizione della Chiesa cattolica sulla "regolamentazione" dell'eutanasia in Svizzera

La Chiesa cattolica, come già più volte sottolineato, mantiene una posizione intransigente in materia di eutanasia, condannando le azioni o le omissioni che di loro natura e nelle loro intenzioni procurano la morte, anche se allo scopo di eliminare ogni dolore. L'euta-

(influenza di una forte emozione o altre condizioni particolari). Analogamente avviene con gli articoli 293 e 294 del Codice penale olandese, i quali sanzionano gli stessi reati, mitigati da una clausola di non punibilità prevista per coloro che agiscono nel rispetto della procedimentalizzazione stabilita dalla legge sull'eutanasia e nel rispetto dell'articolo 40, 2 comma c.p. olandese sui doveri del medico. Anche la recente legge sull'eutanasia in Belgio ha lasciato in vigore gli articoli 393, 394 e 397 e gli articoli 422 *bis* e 422 *ter* che puniscono rispettivamente l'aiuto al suicidio e l'omicidio del consenziente.

nasia viene condannata sul piano morale e sanzionato ogni singolo comportamento finalizzato a porla in atto¹⁷.

La posizione della Chiesa cattolica sull'eutanasia è dunque di netto rifiuto, poiché solo a Dio spetta il compito di stabilire il momento della morte dell'uomo. La vita è sacra, appartiene a Dio e quindi deve essere salvaguardata in tutti i modi e con tutti i mezzi possibili¹⁸. Tuttavia l'affermazione della sacralità e quindi della conseguente tutela della vita – a differenza che nel passato – non è più vista come fine a se stessa dal pensiero cattolico e dal magistero della Chiesa¹⁹. Essa deve accompagnarsi alla difesa dalle sofferenze e dal dolore che la “condizione di non salute” può causare²⁰. Nei tempi passati la sofferenza provata dall'uomo in caso di malattia – e non solo – veniva accostata nel pensiero cattolico al-

¹⁷ Congregazione per la Dottrina della Fede, *Iura et bona. Dichiarazione sull'eutanasia* (5 maggio 1980), II, AAS 72, 1980, 546. Si veda anche G. DALLA TORRE, *Bioetica e diritto. Saggi*, Giappichelli, Torino, 1993; B. ARS, É. MONTERO (a cura di), *Eutanasia: sofferenza e dignità al crepuscolo della vita*, pref. di F. D'Ago-stino, Ares, Milano, 2005; M. ARAMINI, *Eutanasia. Spunti per un dibattito*, Ancora, Milano, 2006.

¹⁸ “La vita è un dono del creatore all'uomo; questo dono è concesso in funzione di una missione. La prima cosa da mettere in evidenza non è dunque il ‘diritto alla vita’; tale diritto è susseguente alla disposizione di Dio, che non intende dare la vita all'uomo come un oggetto di cui si può disporre come si vuole. La vita è orientata a un fine verso cui l'uomo ha la responsabilità di dirigersi: la propria perfezione personale secondo il disegno di Dio”. Congregazione per la Dottrina della Fede, *Iura et bona. Dichiarazione*, cit.

¹⁹ Per quanto riguarda le posizioni del magistero ecclesiastico a proposito di eutanasia si veda tra i documenti più significativi: GIOVANNI PAOLO II, *Ai partecipanti al Congresso Internazionale “Life-sustaining treatments and vegetative state: scientific advances and ethical dilemmas”*, Discorso, 20 marzo 2004, in «L'Osservatore Romano», 20-21 marzo 2004, 5; Id., *Ai partecipanti al 18° Congresso Internazionale della società dei trapianti*, Discorso, martedì 29 agosto 2000; Id., *Fides et ratio*, Lettera Enciclica (Ai Vescovi della Chiesa Cattolica circa i Rapporti tra Fede e Ragione), Città del Vaticano, 14 settembre 1998; Id., *Evangelium Vitae*, Lettera Enciclica (Ai Vescovi, ai Presbiteri e ai Diaconi, ai Religiosi e alle Religiose, ai Fedeli Laici e a Tutte le Persone di Buona Volontà sul Valore e l'Inviolabilità della Vita Umana), 25 marzo 1995; PAOLO VI, *Humane Vitae*, Lettera Enciclica (Ai Vescovi, ai Sacerdoti, alle Famiglie Religiose e ai Fedeli della Chiesa Cattolica sul Senso Cristiano della Sofferenza Umana, Città del Vaticano), 25 luglio 1968; Congregazione per la Dottrina della Fede, *Iura et bona. Dichiarazione*, cit.

²⁰ La prima concessione in materia di uso di sostanze analgesiche per i malati terminali al fine di alleviarne il dolore viene fatta da Pio XII nel suo discorso del 24 febbraio 1957. Oggi in «La Documentation catholique», 1957, 1609.

la *via crucis* di Cristo; a somiglianza del sacrificio di questi la sofferenza era insita alla condizione umana: l'uomo doveva espiare le sue colpe, e il dolore costituiva un "obolo" nella strada che porta alla salvezza²¹. Ma lo sviluppo della scienza medica, l'allungamento della vita, i nuovi sistemi di sostentamento del malato hanno radicalmente mutato la situazione e hanno fatto emergere il fenomeno dell'accanimento terapeutico.

La posizione del Magistero cattolico a riguardo – posizione che, peraltro, trova piena condivisione in tutte le correnti etiche – si evolve, fino a ritenere lecita la rinuncia ai trattamenti che procurerebbero soltanto un prolungamento precario e penoso della vita, qualora la morte sia ormai preannunciata e sia ragionevole attendersi che avverrà comunque, malgrado le cure prodigate. Non deve esservi una netta sperequazione tra gli interventi della medicina e i risultati che si potrebbero sperare grazie alle cure prodigate. Sebbene si preveda la necessità di non interrompere le "cure normali", intendendo con questo termine quelle di puro sostentamento – come l'alimentazione e l'idratazione – l'ammissione della sconfitta dovuta alla malattia comporta un'accettazione della condizione umana di fronte alla morte e quindi costituisce anche un'ammissione di umiltà che l'uomo fa davanti a Dio²².

In questa visione le problematiche di fine vita si arricchiscono di nuove motivazioni, fino a lambire il concetto di dignità della persona umana. Ma la dignità della vita, nella visione cattolica, è strettamente connessa alla carità cristiana che porta con sé il dovere morale e materiale di aiutare il prossimo, soprattutto se sofferente²³. Questa

²¹ Per Giovanni Paolo II, "Questo è il senso veramente soprannaturale e insieme umano della sofferenza. È *soprannaturale*, perché si radica nel mistero divino della redenzione del mondo, ed è, altresì, profondamente *umano*, perché in esso l'uomo ritrova se stesso, la propria umanità, la propria dignità, la propria missione. La sofferenza certamente appartiene al mistero dell'uomo". GIOVANNI PAOLO II, *Salvifici doloris*, Lettera Apostolica, Roma, 11 febbraio 1984.

²² *Ibidem*, IV, l.c., 551.

²³ In forza della partecipazione alla missione regale di Cristo, il sostegno e la promozione della vita umana devono attuarsi mediante il *servizio della carità*, che si esprime nella testimonianza personale, nelle diverse forme di volontariato, nell'animazione sociale e nell'impegno politico. "È, questa, *un'esigenza particolarmente pressante nell'ora presente*, nella quale la 'cultura della morte' così fortemente si contrappone alla 'cultura della vita' e spesso sembra avere il sopravvento", così GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Evangelium Vitae*, 25 marzo 1995, 87.

visione si trova così in perfetta sintonia con il compito e i doveri della medicina e del medico che sono quelli di alleviare le pene e i tormenti arrecati dalla malattia, oltre che di curare e guarire il corpo.

Partendo da queste considerazioni, la Chiesa cattolica, a metà del secolo scorso, scelse di rivolgere la propria attenzione prioritariamente a medici, paramedici e scienziati per evitare il diffondersi di pratiche eutanasiche, soluzione che conquistava crescente consenso nei paesi più sviluppati. Non si contano gli innumerevoli interventi del Pontefice Pio XII rivolti a queste categorie professionali²⁴. In tal modo la scienza medica, che, in quanto scienza, non può che essere tendenzialmente laica

²⁴ Il pontificato di Pio XII è caratterizzato da un costante intervento del pontefice alle riunioni di scienziati, medici e paramedici per orientarne il lavoro in senso cristiano e incidere in tal modo sui trattamenti sanitari di ogni genere. Diamo di seguito l'elenco degli interventi pontifici suddivisi per anno. Anno 1942, *Ai congressisti della Società Italiana per il progresso delle scienze* (2 ottobre); *Ai docenti della Scuola Centro Mutilati "Principessa di Piemonte"* (29 novembre). Anno 1948, *Ai partecipanti al Congresso Internazionale di Chirurgia* (20 maggio). Anno 1949, *Ai partecipanti alla Settimana di Studio sul problema biologico del cancro* (7 giugno); *Ai partecipanti all'Assemblea Mondiale della Sanità* (27 giugno); *Ai partecipanti al IV Congresso Internazionale dei Medici Cattolici* (30 settembre). Anno 1950, *Agli scienziati del Convegno di Ultracustica* (18 giugno); *L'evoluzione e la Lettera Enciclica "Humani Generis"* (12 agosto); *Ai partecipanti al Convegno Internazionale dei Farmacisti Cattolici* (2 settembre); *Alle Infermiere e Assistenti Medico Sociali* (6 settembre); *Ai partecipanti del XXIV Congresso dei Medici Condotti italiani* (18 settembre); *Ai partecipanti al Congresso Internazionale degli Specialisti per le malattie del torace* (22 settembre); *Ai congressisti della Società Italiana di Otologia Rinologia e Laringologia* (15 ottobre); *Agli infermi pellegrini di Francia* (18 novembre). Anno 1951, *Alle Congressiste dell'Unione Cattolica Italiana Ostetriche* (29 ottobre); *Ai partecipanti al Convegno Internazionale di Ingegneria Sanitaria* (16 novembre); *Alle Associazioni delle Famiglie numerose* (26 novembre). Anno 1952, *Ai congressisti delle Soc. Nazionali di Gastro-Enterologia* (26 aprile); *La nobile e cristiana professione degli Infermieri e delle Infermiere* (21 maggio); *Al I Congresso di Istopatologia del sistema nervoso* (14 settembre); *Ai partecipanti al XXVII Congresso Italiano di Stomatologia* (23 ottobre); *Sport e ginnastica dinanzi alla coscienza religiosa e morale* (8 novembre). Anno 1953, *Ai partecipanti del V Congresso Internazionale di Psicoterapia e di Psicologia clinica* (15 aprile); *Ai partecipanti al I Congresso Latino di Oftalmologia* (12 giugno); *Ai partecipanti al IV Congresso Internazionale di Chirurgia* (14 giugno); *Ai partecipanti al "Primum Symposium Internazionale Geneticae Medicae"* (7 settembre); *Ai partecipanti al V* (13 settembre); *Alle Infermiere e Assistenti Sanitarie* (1 ottobre); *Ai partecipanti al I Corso di aggiornamento per medici condotti* (4 ottobre); *Ai partecipanti al XXVI Congresso della Società Italiana di Urologia* (8 ottobre); *Alla XVI Sessione dell'Ufficio Internazionale di documentazione di medicina militare* (19 ottobre);

si incontra con la teologia cattolica, trovando come punto di accordo non tanto la tutela della qualità della vita che, come vedremo, è tipica invece della dottrina protestante, quanto una tutela della dignità della

A un pellegrinaggio di ammalati (25 ottobre). Anno 1954, Il Radiomessaggio della "Giornata mondiale per gli ammalati" (14 febbraio); Ai partecipanti al III Congresso degli Elettro-Radiologi e al XVIII Congresso di Radiologia (6 aprile); Ai partecipanti al III Congresso Internazionale della Poliomelite (11 settembre); Ai partecipanti al Congresso Internazionale di Storia della Farmacia (11 settembre); Ai partecipanti al XIV Congresso Internazionale di Storia della Medicina (17 settembre); Ai partecipanti alla VIII Assemblea dell'Associazione Medica Mondiale (30 settembre). Anno 1955, Ai partecipanti al I Congresso Mondiale per la prevenzione degli Infortuni sul Lavoro (5 aprile); Ai partecipanti al IV Congresso della Unione Medica Latina (7 aprile); Alla Pontificia Accademia delle scienze in occasione dell'Assemblea Plenaria (24 aprile); Ai congressisti del Symposium Internazionale Europeo sugli antibiotici nell'alimentazione (12 maggio); Ai congressisti delle Giornate della Dietetica e del Convegno per lo studio del diabete nell'infanzia (25 settembre); Ai Dirigenti Sanitari e Personale di Assistenza degli Ospedali Riuniti di Napoli (11 novembre). Anno 1956, I dettami morali e religiosi circa il parto naturale indolore (8 gennaio); Ai partecipanti al "Congresso Internazionale per la difesa e la riabilitazione sociale dei malati di lebbra" (16 aprile); Ai partecipanti al "Symposium" sulle malattie delle coronarie (9 maggio); All'Associazione Italiana Donatori della Cornea ed ai Clinici Oculisti e Medici Legali (14 maggio); Ai partecipanti al ITM/ Congresso Mondiale del (19 maggio); Alla Famiglia Ospedaliera di Roma (20 maggio); Ad un gruppo di chirurghi degli Stati Uniti (24 maggio); Alla Famiglia Ospedaliera di Milano (26 giugno); Ai rappresentanti della Unione Internazionale contro il cancro (19 agosto); Al Coro Polifonico dei Medici di Barcellona (29 agosto); Radiomessaggio al VII Congresso Internazionale dei Medici Cattolici (11 settembre); Ai partecipanti al I° Congresso Internazionale di Dietetica (11 settembre); Ai partecipanti al VI Congresso di Chemioterapia dei tumori (6 ottobre); Al Comitato per la Sanità Pubblica dell'Unione Europea Occidentale (18 ottobre); Ai partecipanti al Congresso della "American Cynamid Company" (21 ottobre); Ai partecipanti al XVII Congresso di Anatomia (15 novembre); Alla Lega Italiana per la lotta contro i rumori (11 dicembre). Anno 1957, Tre quesiti religiosi e morali concernenti l'analgesia (23-24 febbraio); Alle Religiose ospedaliere per il loro I Convegno Nazionale (25 aprile); La preghiera del medico (10 maggio); Ai Chirurghi dell'"International College of Surgeons" (4 giugno); Alla Associazione Brasiliana di Assistenza agli affetti della lebbra (29 giugno); Per la cura e l'assistenza agli inabili al lavoro (4 agosto); Per il XII Congresso Internazionale di Odontostomatologia (8 settembre); Agli Infermi del "Centro Volontari della Sofferenza" (7 ottobre); Risposte ad alcuni importanti quesiti sulla "rianimazione" (24 novembre). Anno 1958, Ai partecipanti al XIII Congresso Internazionale di Psicologia applicata (10 aprile); Ai partecipanti al "Symposium sulle radiazioni ionizzanti" (16 aprile); A un gruppo di chirurghi toracici della Gran Bretagna (12 maggio); A un gruppo di medici cattolici spagnoli (8 giugno); Ai Congressisti della "Società Oto-Rhino-Laryngologica Latina" (29 giugno); Radiomessaggio per la Prima Conferenza

morte, di una morte dignitosa²⁵. Si giunge così, attraverso questa strada, al sostegno a tutto campo da parte del Magistero cattolico della validità delle cure palliative utilizzate, in “contrapposizione” alle pratiche eutanasiche. Le terapie di attenuazione del dolore e l’opera di crescente diffusione di queste tecniche, che la teologia cattolica promuove, trovano riscontro nelle politiche europee in materia di eutanasia che caratterizzano una prima fase della crescita del dibattito sulle problematiche di fine vita; in tutti i paesi l’adozione di norme relative alla regolamentazione dei procedimenti eutanasi è stata, infatti, preceduta da leggi sulle cure palliative²⁶. Queste si propongono un accompagnamento alla

Mondiale Cattolica della Sanità (27 luglio); *Ai congressisti della “Società Internazionale della Trasfusione del sangue”* (5 settembre); *Ai congressisti del “Collegium Internationale Neuro-Psycho Pharmacologicum”* (9 settembre); *Ai partecipanti al VII Congresso Internazionale di Ematologia* (12 settembre); *Ai partecipanti al X Congresso Nazionale della Società Italiana di Chirurgia Plastica* (4 ottobre).

²⁵ La Chiesa prende atto, fin dagli inizi degli anni Ottanta, che sempre più frequentemente la morte si verifica tra le mura dell’ospedale e perciò pone l’attenzione sul ruolo dei cappellani che vi operano. Si veda “6.1.3. Missione del cappellano. L’assistenza costante del cappellano lungo tutto il decorso della malattia è di capitale importanza a questo proposito. La sua missione gli conferisce un ruolo privilegiato nella preparazione progressiva alla morte. Senza dubbio rimane fino alla fine il dovere di credere all’efficacia *ex opere operato* dei sacramenti (riconciliazione, viatico, sacramento dei malati) e della loro amministrazione sotto condizione nei casi previsti. Tuttavia l’apparizione improvvisa del prete solo all’ultimo istante rende molto difficile, e a volte impossibile, l’esercizio del suo ministero. Il cappellano dell’ospedale cercherà quindi di creare un clima di fiducia attraverso continui contatti con i malati, soprattutto in un ambiente di cattolici poco praticanti o indifferenti. Senza nascondere ingiustamente la verità, si guarderà dall’affrettarne la scoperta. Non è superfluo, inoltre, insistere perché almeno gli ospedali cattolici e il personale sanitario cattolico lascino il debito spazio al cappellano, sia per quanto riguarda la sua partecipazione alle decisioni dell’*équipe* sanitaria sia per quanto riguarda i suoi rapporti col malato”. PONTIFICIO CONSIGLIO *COR UNUM*, *Questioni etiche relative ai malati gravi e ai morenti*, Città del Vaticano, 27 giugno 1981. Coerentemente con questa posizione, nella revisione concordataria del 1984 in Italia il ruolo dei cappellani viene concordatarizzato, a dimostrazione del rilevante interesse che questa figura ha assunto per la Chiesa.

²⁶ Si vedano a riguardo, per la Danimarca L. 19 aprile 2001, n. 272 relativa all’esercizio della professione medica, l’articolo 6 in particolare; L. 1° luglio 1988, n. 482, sullo stato giuridico del malato: L. 1° ottobre 1992, *sulla professione medica*. Per quanto riguarda l’Olanda: L. 1° aprile 1995 (*Wet op beroepen in de individuele gezondheidszorg*, in «Staatsblad», 1995, 588). Per il Belgio, *Loi relative aux soins palliatifs*, 14 Juin 2002. Per una ricostruzione e un commento dell’ampio dibattito che ha preceduto l’adozione di queste leggi, dibattito che si interseca con quello relativo all’adozione di leggi sull’eutanasia, si veda: G. CIMBALO, *Eutanasia, cure palliative*, cit., *passim*; B. Broeckert, R. JANSSENS, *Palliative Care and Euthanasia. Belgian and Dutch Perspectives*, in «Ethical perspective», 92, 2002, pp. 156-175.

fine della vita caratterizzato dall'utilizzazione di sostanze stupefacenti e oppiacee, di antidolorifici, ritenuti a questo punto leciti²⁷, nonché da un supporto morale, psicologico, spirituale, religioso del malato. Un'assistenza completa, "di corpo e di anima", nei confronti di chi è giunto alla fine della vita.

Si può rilevare, tuttavia, che questa assistenza, dovuta dalla società ai suoi membri, deve però essere anche voluta e ritenuta sufficiente dall'individuo. Si rischia, infatti, di prevaricare la volontà del malato, senza tenere conto del suo effettivo volere e di metterlo nelle condizioni di non poter rifiutare trattamenti sanitari che altrimenti non accetterebbe. Se già la medicalizzazione della vita trova da più parti critiche, per l'eccessivo potere che viene conferito al medico²⁸ – rappresentante e portatore dei valori (e degli interessi) collettivi – anche questa necessaria e obbligatoria forma di cura non è da meno. La dignità di una morte senza dolore va, a volte, a scapito della dignità del paziente, che si trova nella situazione in cui già altri hanno preso decisioni che di diritto apparterebbero esclusivamente a lui²⁹. Perché, se è giusto cercare in tutti i modi

²⁷ Ciò permette di affrontare la questione della liceità, all'approssimarsi della morte, dell'impiego di droghe che sprofondano il malato nell'incoscienza. In alcuni casi il loro uso s'impone, e papa Pio XII ne ha riconosciuto la legittimità a certe condizioni. Pio XII, *Discorso*, 24 febbraio 1957, cit.

²⁸ Dall'eutanasia "va distinta la decisione di rinunciare al cosiddetto *accanimento terapeutico*, ossia a certi interventi medici non più adeguati alla reale situazione del malato, perché ormai sproporzionati ai risultati che si potrebbero sperare o anche perché troppo gravosi per lui e per la sua famiglia. In queste situazioni, quando la morte si preannuncia imminente e inevitabile, si può in coscienza rinunciare a trattamenti che procurerebbero soltanto un prolungamento precario e penoso della vita, senza tuttavia interrompere le cure normali dovute all'ammalato in simili casi. "Si dà certamente l'obbligo morale di curarsi e di farsi curare, ma tale obbligo deve misurarsi con le situazioni concrete; occorre cioè valutare se i mezzi terapeutici a disposizione siano oggettivamente proporzionati rispetto alle prospettive di miglioramento. La rinuncia a mezzi straordinari o sproporzionati non equivale al suicidio o all'eutanasia; esprime piuttosto l'accettazione della condizione umana di fronte alla morte". GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Evangelium Vitae*, cit., *passim*.

²⁹ L'antico simbolo pagano di Apollo (il "bastone di Esculapio") che tempo fa capeggiava sulle ricette mediche, a significare il potere di origine divina che veniva attribuito alla figura e alle capacità del medico, oggi viene virtualmente sostituito dal conferimento del potere di disposizione dell'altro, non più dato dagli dèi, ma da un unico Dio: la società.

di alleviare le situazioni di pena in cui versa il malato terminale, questo intervento non solo deve essere vissuto come obbligo per i cattolici, ma come principio generale valido per tutti gli uomini, indipendentemente dall'appartenenza religiosa e culturale³⁰.

Queste considerazioni mostrano oggi la loro inadeguatezza e insufficienza a causa degli sviluppi della scienza medica che fanno sì che la parte terminale della vita di ognuno subisca, nei paesi economicamente più sviluppati, una più o meno lunga e intensa medicalizzazione, al punto che una fase di "artificiale" prolungamento del tempo biologico di vita coinvolge chiunque: in questo contesto diviene sempre più spesso difficile stabilire cosa è vita e individuare il momento della morte³¹. Da qui una maggiore duttilità della Chiesa nel prendere in considerazione la volontà e l'interesse del malato, quando si tratta di evitare l'accanimento terapeutico, anche perché, nella visione cattolica della vita, la sofferenza prepara comunque alla contemplazione di Dio e al ritorno dell'anima nei cieli, in comunione con Dio. In questa visione la morte è un evento naturale al quale bisogna prepararsi³², preoccupandosi che, al momento del trapasso, l'uomo abbia dalla Chiesa l'assistenza necessaria ad affrontare questo passaggio naturale della sua storia. La dottrina cattolica auspica perciò la preparazione della famiglia perché possa

³⁰ GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Evangelium Vitae*, cit.

³¹ Già nel discorso del 24 novembre 1957, Pio XII, citato, ribadisce che "spetta al medico... dare una definizione chiara e precisa della 'morte' e del 'momento della morte'". Questa posizione diviene una costante di tutti i successivi documenti del Magistero in materia di eutanasia.

³² La preparazione alla morte deve aversi anche laddove vengano somministrate le c.d. cure palliative, che trovano spazio e ammissibilità, purché "la morte non sia voluta o ricercata, nonostante che per motivi ragionevoli se ne corra il rischio". Pio XII, *Discorso ad un gruppo internazionale di medici* (24 febbraio 1957): AAS 49 (1957), p. 145. Ancora una volta è l'intenzione del malato e quella di chi gli gravita attorno, che viene in primo piano. "L'utilizzazione di narcotici o analgesici che alleviano il dolore e abbreviano la vita è lecita, ma deve avvenire senza un'intenzione di suicidio o di eutanasia, senza cioè la volontà di cadere nella tentazione di impadronirsi della morte procurandola in anticipo. La coscienza integra e retta deve essere mantenuta e salvaguardata: non può venire offuscata dai medicinali palliativi. Siamo sempre sotto agli occhi di un Dio attento e premuroso, che concede all'essere umano, fino al suo ultimo anelito di vita, la possibilità di redimersi, e di avvicinarsi alla morte con piena coscienza in modo tale da potere essere in grado di soddisfare i propri obblighi morali e familiari e, soprattutto, di potersi preparare all'incontro definitivo con Lui". GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Evangelium Vitae*, cit.

elaborare il dolore che accompagna la morte dei congiunti, la educi ad assistere e accudire il malato in questa fase delicata e terribile dell'esistenza, ma al tempo stesso sottolinea che si tratta di una fase necessaria di passaggio di ognuno verso la liberazione dalle sofferenze terrene, ricomposte e gratificate dalla contemplazione di Dio³³.

Queste elaborazioni del magistero sono riprese e fatte proprie dalla Conferenza Episcopale Svizzera, la quale si batte per la difesa di questi valori anche nella Confederazione e si oppone strenuamente ad ogni iniziativa di legalizzazione dell'eutanasia³⁴. In comunione con il Magistero essa denuncia il ricorso dell'ordinamento al relativismo etico³⁵ come base di un possibile intervento legislativo in questa

³³ "2.2.2. Diritto a una morte dignitosa. A questo proposito, i membri del gruppo provenienti dal terzo mondo hanno espresso il desiderio che si sottolinei l'importanza per l'uomo di terminare la propria vita, per quanto è possibile, nell'integrità della sua personalità e delle relazioni che lo legano al suo ambiente e in primo luogo alla sua famiglia. Presso i popoli meno sviluppati a livello tecnologico, ma anche meno 'sofisticati', la rete parentale circonda il morente, e questi sente come un bisogno e un diritto essenziale il fatto di essere così circondato dai suoi. Di fronte alle condizioni richieste da certe terapie e all'isolamento totale che impongono al malato, non viene a sproposito ricordare che il diritto di morire da uomini e con *dignità* comporta questa dimensione sociale". PONTIFICIO CONSIGLIO *COR UNUM*, *Questioni etiche*, cit.

³⁴ Sulle posizioni della Chiesa cattolica svizzera in materia di eutanasia cfr. M. MARET, *L'euthanasie. Alternative sociale et enjeux pour l'éthique chrétienne*, Saint-Maurice, Éditions Saint-Augustin, 2000.

³⁵ "Comune radice di tutte queste tendenze è il *relativismo etico* che contraddistingue tanta parte della cultura contemporanea. Non manca chi ritiene che tale relativismo sia una condizione della democrazia, in quanto solo esso garantirebbe tolleranza, rispetto reciproco tra le persone e adesione alle decisioni della maggioranza, mentre le norme morali, considerate oggettive e vincolanti, porterebbero all'autoritarismo e all'intolleranza. Ma è proprio la problematica del rispetto della vita a mostrare quali equivoci e contraddizioni, accompagnati da terribili esiti pratici, si celino in questa posizione. È vero che la storia registra casi in cui si sono commessi dei crimini in nome della 'verità'. Ma crimini non meno gravi e radicali negazioni della libertà si sono commessi e si commettono anche in nome del 'relativismo etico'. Quando una maggioranza parlamentare o sociale decreta la legittimità della soppressione, pur a certe condizioni, della vita umana non ancora nata, succede che assuma una decisione 'tirannica' nei confronti dell'essere umano più debole e indifeso. La coscienza universale giustamente reagisce nei confronti dei crimini contro l'umanità di cui il nostro secolo ha fatto così tristi esperienze. Ma questi crimini non cesserebbero di essere tali se, invece di essere commessi da tiranni senza scrupoli, fossero legittimati dal consenso popolare. In realtà, la democrazia non può essere mitizzata fino a farne un surrogato della moralità o un toccasana dell'immoralità". GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Evangelium Vitae*, cit.

materia e dichiara l'incompetenza della legge civile in questioni quali le pratiche di fine vita³⁶. La risposta della Chiesa cattolica al problema è il sostegno, anche in Svizzera, ad ogni iniziativa legislativa e regolamentare in materia di cure palliative³⁷; essa favorisce l'associazionismo di medici e di infermieri a sostegno dei malati terminali, con il fine di impedire il ricorso a procedure eutanasiche³⁸, nega ogni diritto a poter disporre della vita, lotta contro ogni proposta di legge presentata al Parlamento Federale o a livello cantonale per la regolamentazione dell'eutanasia.

³⁶ "Occorre riprendere, in tal senso, gli *elementi fondamentali della visione dei rapporti tra legge civile e legge morale*, quali sono proposti dalla Chiesa, ma che pure fanno parte del patrimonio delle grandi tradizioni giuridiche dell'umanità. Certamente, *il compito della legge civile* è diverso e di ambito più limitato rispetto a quello della legge morale. Però 'in nessun ambito di vita la legge civile può sostituirsi alla coscienza né può dettare norme su ciò che esula dalla sua competenza' (90). che è quella di assicurare il bene comune delle persone, attraverso il riconoscimento e la difesa dei loro fondamentali diritti, la promozione della pace e della pubblica moralità (91) Il compito della legge civile consiste, infatti, nel garantire un'ordinata convivenza sociale nella vera giustizia, perché tutti 'possiamo trascorrere una vita calma e tranquilla con tutta pietà e dignità' (1 Tm 2, 2)". GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Evangelium Vitae*, cit.

³⁷ Il 1° febbraio 2001, a Friburgo, oltre 550 persone, appartenenti a varie professioni sanitarie, hanno lanciato un manifesto per lo sviluppo delle cure palliative. Questo manifesto indica un elenco di provvedimenti da assumere a livello federale (l'integrazione delle cure palliative nel curriculum degli studi medici e infermieristici come pure nel catalogo delle prestazioni della LAMal) e a livello cantonale (analisi delle necessità regionali e trasformazione delle strutture esistenti in servizi di cure palliative in campo ospedaliero e ambulatoriale). Sull'iniziativa si veda S. EYCHMÜLLER, F. PORCHET, F. STIEFEL e M. VON WYSS, *Il Manifesto di Friburgo: una strategia nazionale di sviluppo delle cure palliative in Svizzera*, Società Svizzera di Medicina e Cure Palliative, SSMCP editrice, 2001; S. EYCHMÜLLER, C. KNIPPING, M. LANG, C. MAZZOCATO, A. TSCHOPP-HAFENBRACK, N. ZLATIEV-SCOCARD, *Standards de qualité pour la Médecine et les Soins Palliatifs en Suisse*, Société Suisse de Médecine et de Soins Palliatifs (éditrice), 2001.

³⁸ Ci riferiamo non solo alla SSMCP, ma anche all'Associazione Svizzera delle Infermiere e degli Infermieri (Asi) e alla Federazione dei Medici Svizzeri (FMH) che, pur essendo delle organizzazioni non confessionali, raccolgono il sostegno delle Chiese e soprattutto della Chiesa cattolica. Con altrettanto favore viene vista la creazione di Hospice, prova ne sia che Lugano l'8 ottobre 2005 ha ospitato la prima giornata mondiale degli Hospice promossa dalla SSMCP. Costituita in Svizzera nel 1988, questa associazione oggi conta più di 1500 soci, è strutturata in otto sezioni regionali e aderisce all'Associazione europea di cure palliative, che comprende più di 25 mila soci.

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, la stessa impostazione personalistica dell'ordinamento svizzero, l'assenza di norme legislative in materia eutanasica, la gestione del tutto individuale e affidata a organizzazioni di privati del problema sono di ostacolo all'azione della Chiesa cattolica, in quanto non intervenire nell'ordinamento elvetico mediante la legge significa lasciare spazio all'attività dell'Assm e all'autodisciplina. Viene perciò da chiedersi se nella situazione della Svizzera, dove un grande potere è affidato ai medici e alle loro organizzazioni – all'interno delle quali l'influenza cattolica è, malgrado ogni sforzo, marginale – non sarebbe più opportuno per la Chiesa cattolica sostenere l'approvazione di norme legislative sull'eutanasia nell'ambito di un provvedimento organico che affronti la materia. In tal modo essa potrebbe, forse, incidere maggiormente sulle situazioni di ricorso individuale a questa pratica, quanto meno regolamentandole e limitandole³⁹.

Ma ad impedire l'utilizzazione di questa via sta l'opposizione, irriducibile e di principio, della Chiesa cattolica alle pratiche euta-

³⁹ I ripetuti interventi di politici di orientamento cattolico e delle stesse gerarchie ecclesiastiche sono riusciti fino ad ora a bloccare ogni iniziativa legislativa ma non sono andati oltre. Un passo avanti nella prospettiva della limitazione del danno potrebbe derivare dall'adozione di una legge che controlli l'attività delle associazioni come Exit e Dignitas che si occupano dell'aiuto e dell'assistenza al suicidio. L'ipotesi, avanzata nel rapporto del Dipartimento Federale di Giustizia e Polizia, *Eutanasia e medicina palliativa. La Confederazione deve legiferare?*, relativo all'Avamprogetto del 31 gennaio 2006 pp. 39-41, è stata per ora scartata per il timore che essa contribuisca ad accreditare queste organizzazioni, sia pure mediante la sorveglianza. Sembrerebbe che questa scelta lasci ancora una volta il fenomeno senza alcun controllo affidato all'autotutela. Vi è infatti chi richiede che gli ospedali che ospitano malati terminali dovrebbero comunicare esplicitamente la loro posizione in materia di suicidio assistito e specificare come deve essere disciplinato l'accesso al loro istituto da parte di associazioni di aiuto al suicidio. Lo sostiene Margrit Leuthold, segretaria generale dell'Assm, in *Sterbewunsch in der Klinik, Zur Diskussion der Zulassung von Suizidhilfeorganisationen in Akutspitälern*, Nzz del 19/20 novembre 2005, n. 271, p. 77. Così l'ospedale universitario di Losanna (CHUV) è il primo ospedale universitario in Svizzera ad ammettere il suicidio assistito nelle sue stanze a partire dal 2006 (in collaborazione con EXIT-ADMD Suisse romande); cfr. "Agenzia AP" del 17.12.2005, Nzz del 19.12.2005, n. 296, p. 9. Invece l'ospedale universitario di Basilea rifiuta di collaborare con associazioni di aiuto al suicidio e pone anzi l'accento sulle direttive anticipate dei pazienti; cfr. *Basler Zeitung* del 28.12.2005, n. 303, p. 13. Così nel vuoto legislativo ogni ospedale opera come vuole.

nasiche che, in quanto tali, vengono negate come moralmente inaccettabili in maniera assoluta, anche se poi nel concreto esercizio del Magistero ecclesiale si fa ricorso a innumerevoli eccezioni e distinguo per una migliore gestione e un contenimento del fenomeno. È il caso della proposta da parte del Magistero cattolico di superamento della distinzione tipicamente penalistica tra eutanasia attiva e passiva, finalizzata ad ampliare i casi di liceità dell'interruzione delle cure, della scelta consapevole del malato di accettare la morte come evento naturale⁴⁰. Un tale *modus operandi* consente di restringere i casi eutanasici, limitandosi a considerare tali solo quelli dove è presente una manifesta volontà del malato per un'anticipata e procurata morte; solo in questi casi estremi vi sarebbe una violazione dei comandamenti divini.

In situazioni come quella svizzera la Chiesa cattolica, così operando, finisce per aggravare le conseguenze della violazione di quelle norme etiche e morali che strenuamente difende, pur di nulla cedere sul piano dei principi, rifiutando ogni strategia di limitazione del danno. L'arroccarsi nella difesa dei principi, la valorizzazione del ruolo dei medici e paramedici in funzione di deterrenza del ricorso all'eutanasia si dimostrano gravidi di conseguenze e contribuiscono a legittimare il ruolo dell'Accademia Svizzera delle Scienze Mediche all'interno della quale la confessione cattolica non ha alcun peso, confermando la validità delle norme suppletive emanate dall'ASSM, secondo una procedura che non consente, di fatto, alle aggregazioni confessionali presenti nel paese di influire sulle scelte in una così delicata materia.

Il solo ambito di operatività che resta alla Chiesa cattolica in Svizzera è dunque l'intervento nel Parlamento Federale attraverso politici ad essa vicini, dove le posizioni morali e teologiche cattoliche hanno trovato maggiore spazio e garanzie con la presentazione di mozioni, a volte trasformati in postulati, e altre iniziative parlamentari – come abbiamo puntualmente segnalato – finalizzate ad impedire interventi legislativi in materia di eutanasia e a sostenere

⁴⁰ GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Evangelium Vitae*, cit., *passim*.

invece le cure palliative⁴¹. Ma si tratta pur sempre di un'influenza limitata che contribuisce a mantenere la situazione di fatto caratterizzata da una regolamentazione senza una legge organica.

Del resto il livello di "emarginazione" della Chiesa cattolica in Svizzera è provato dalla pressoché inesistente presenza cattolica nei Comitati etici cantionali⁴²: essi sono prevalentemente composti da medici e paramedici e, di frequente, il moralista o ministro di culto che ne fa parte appartiene al mondo protestante⁴³.

3. *L'evoluzione delle posizioni dell'Église Evangélique de la Suisse Romande: dalla sacralità della vita alla qualità e disponibilità del bene vita*

La Chiesa evangelica della Svizzera Romanda da sempre ha svolto una funzione molto importante nella vita culturale della Sviz-

⁴¹ Si vedano in merito la mozione Rossini 00.3342 *Finanziamento delle cure palliative* del 22 giugno 2000, accolta in forma di postulato dal Consiglio nazionale il 6 ottobre 2000, nonché la risposta del Consiglio federale all'interpellanza Gross 03.3341 *Medicina palliativa. Ospizi per l'assistenza ai malati terminali* del 19 giugno 2003.

⁴² Riflettono sull'importanza dei comitati etici F. FRENI, *Biogiuridica e pluralismo etico-religioso. Questioni di bioetica*, cit., *passim*; M. VENTURA, *Diritto dell'identità e diritto del corpo. A proposito di due pubblicazioni su bioetica, comitati etici e diritto*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 1994, 2, pp. 366-384.

⁴³ Il Comitato etico del Canton Ticino conta diversi componenti, tra i quali ritroviamo una cospicua presenza di personale medico e di giuristi che svolgono anche funzioni amministrative (presidenza, vicepresidenza, segretariato). In particolare il Comitato è costituito da: un giurista in qualità di responsabile cantonale per la protezione dei dati personali e consulente giuridico del Gran Consiglio; un teologo Ernesto Borghi, esperto di cultura religiosa presso l'Alta Scuola Pedagogica, Locarno e presidente dell'Associazione biblica della Svizzera italiana di Lugano; sei medici della FMH di diverse specializzazioni (urologia, medicina interna, malattie polmonari, malattie infettive, medicina intensiva, pneumologia); due infermiere diplomate; un filosofo in qualità di collaboratore scientifico; un biologo; un giurista e un medico aventi funzioni di vicepresidenti; uno psichiatra; due farmacisti di cui uno avente l'incarico di presidente del Comitato e una segretaria laureata in medicina.

zera ed è stata presente in modo significativo nel dibattito sulle questioni etiche svoltosi nella Confederazione⁴⁴.

L'aggregazione dei Cantoni che portò alla nascita della Confederazione tradusse in forma istituzionale un'identità costruita intorno

⁴⁴ La composizione dei Comitati etici cantonali consente di misurare l'incidenza delle Confessioni religiose sulle questioni di bioetica. A riguardo rileviamo che nel Cantone di Ginevra, la composizione del Comitato è meno articolata che altrove: ritroviamo infatti per la maggioranza personale medico, chirurgico e psichiatrico, con una presenza minimale di giuristi, biologi e un "membro laico". Nel Cantone di Zurigo, ritorna la presenza di un teologo (Dr. theol. Ruth Baumann-Hölzle), un biologo, un giurista e un ingegnere, le funzioni amministrative sono svolte da medici che comunque rappresentano la maggioranza dei membri. Nel Cantone di Vaud il Comitato etico si articola in tre commissioni e, anche in questo caso, in tutte e tre prevale il personale medico. Nella prima ritroviamo, tra gli altri, due giuristi, un farmacista, un filosofo e uno psicologo; nella seconda si segnala la presenza di un giurista, un farmacista e un pastore (M. Etienne Rochat, Pasteur, con la qualifica di cappellano); la terza rileva per la presenza di un giurista, un filosofo, uno psicologo e un teologo (M. Marco Martinuz). Il Cantone di Thurgau si caratterizza per la presenza nel Comitato etico di un matematico e di un filosofo che svolge funzioni di presidenza. San Gallo non riporta, invece, segnalazioni particolari in quanto a composizione del Comitato, e così pure il Comité intercantonal d'éthique dei Cantoni di Friburgo, Jura e Neuchâtel. Nel Cantone di Lucerna ritorna la presenza di un consulente teologo (Amrein Brigitte), di un biologo e un giurista. Nel Cantone di Berna ritroviamo ben quattro filosofi, che su diciotto membri che compongono il Comitato appare essere una percentuale rilevante. Il Comitato etico di Basilea (EKBB), che riunisce le due amministrazioni di Basel Stadt e Basel Land, si compone di 22 membri: almeno un terzo di essi sono donne ed è costituito da medici, scienziati, biotecnologi, esperti di etica, avvocati e infermiere. I candidati a farne parte sono proposti dal comitato, sono valutati da un gruppo di personalità distinte nella Comunità scientifica e sociale e infine sono scelti dalle amministrazioni per un periodo di quattro anni. La presenza di tre medici in una sessione del comitato così come di un rappresentante da ciascuna delle altre professioni è obbligatoria affinché le deliberazioni dell'organo possano avere efficacia. Il comitato si riunisce ogni due settimane e le questioni proposte vengono esaminate entro trenta giorni dalla presentazione. Il Cantone di Appenzell IR (AI) attualmente non ha un Comitato proprio, ma dipende dal Cantone di San Gallo, in base ad un accordo fatto con tale Cantone. Diverso invece è il Comitato etico di Appenzell AR nel quale, tra gli altri membri scientifici, ritroviamo anche la consulenza e il parere di un teologo (Norbert Hochreutener). Nel Cantone di Aargau riscontriamo una pressoché esclusiva presenza medica; questo comitato è competente anche per il Cantone di Solothurn. Analogamente il Cantone di Glarus e quello di Schaffhausen non possiedono un proprio comitato etico ma riconoscono la competenza di quello del Cantone di Zurigo. I Cantoni di Nidwalden Obwalden, Schwyz, Uri, Zug hanno stipulato un accordo amministrativo con il Cantone di Lucerna. Quest'ultimo decide sulla composizione della commissione di etica e ha potere decisionale sull'indagine circa i progetti di ricerca clinici anche per questi Cantoni. Infine la Commission Cantonale Valaisanne d'Ethique Médicale (CCVEM) non si caratterizza per presenze particolari.

al protestantesimo, identità che rendeva differente la società svizzera rispetto a quelle degli stati vicini⁴⁵. L'etica del lavoro, il credere in una Chiesa libera dai bisogni temporali, emancipatasi dalla tradizione cattolica, le stesse dispute teologiche pubblicamente svolte nelle chiese tra i cattolici e i protestanti provenienti da Berna e guidati da Calvino hanno conferito un'impronta indelebile sulle popolazioni svizzere che, al di là delle differenze che contraddistinguono i diversi Cantoni (e ve ne sono a maggioranza cattolica), tuttavia fanno prevalere una più attenta considerazione per la qualità della vita e dei valori della vita piuttosto che per la vita in sé.

Fino agli anni Novanta del secolo scorso anche l'Eglise Evangelique de la Suisse Romande propendeva per un netto rifiuto dell'eutanasia, tanto da farsi sostenitrice dello sviluppo delle cure palliative, viste come unica soluzione possibile ai problemi posti dalle scelte di fine vita⁴⁶. Si può individuare nello sviluppo del dibattito internazionale sull'eutanasia e nella proposta, presentata da Victor Ruffy, rappresentante del Cantone di Vaud nel Consiglio nazionale, relativa alla legalizzazione dell'eutanasia, l'inizio di una profonda riflessione anche in ambito ecclesiale all'interno della Facoltà di teologia evangelica dell'Università di Ginevra⁴⁷. Il punto di riferimento è l'elaborazione teologica negli ambienti della cultura soprattutto francofona, e quindi la riflessione tiene ampiamente conto della discussione che si svolge sia in Francia che nel Quebec⁴⁸, anche se

⁴⁵ Sulla posizione delle Chiese protestanti presenti in Italia in tema di eutanasia si veda A. DE OTO, *Eutanasia e Chiesa Valdese: un approccio diverso*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO (a cura di), *Eutanasia e Diritto. Confronto tra discipline*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 49-70.

⁴⁶ E. KÜBLER-ROSS, *Les derniers instants de la vie*, Labor et Fides, Genève, 1969, *passim*.

⁴⁷ Le elaborazioni frutto del Seminario sono oggi ricostruite da H. DOUCET, *Les promesses du crépuscule. Réflexions sur l'euthanasie et l'aide médicale au suicide*, Labor et Fides, Boucherville, 1998, *passim*.

⁴⁸ Una profonda impressione provocano all'interno della Chiesa riformata svizzera i lavori della Commission de Réforme du Droit du Canada, *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement*, Ottawa, 1982; si veda anche la sentenza sul caso Rodriguez, Cour suprême du Canada, *Rodriguez c. Colombie-Britannique*, 1993, 3. F.H. LOWY, D.M. SAWYER e WILLIAMS J. R., *Les médecins canadiens et l'euthanasie*, Ottawa, Association médicale canadienne, 1993, 3.

ormai la circolarità del dibattito giuridico è tale che profonde sono le influenze degli studi e delle esperienze giurisprudenziali che vengono dal modo anglosassone⁴⁹ e soprattutto dall'Olanda⁵⁰. Prova ne sia che, benché il Consiglio nazionale decida di non proseguire l'esame della proposta Ruffy, è proprio nel marzo del 1996 che il Gran Consiglio del Cantone di Ginevra approva una legge con la quale si riconosce che "Les directives anticipées rédigées par le patient avant qu'il ne devienne incapable de discernement doivent être respectées par les professionnels de la santé s'ils interviennent dans une situation thérapeutique que le patient avait envisagées dans ses directives"⁵¹. In quella occasione negli ambienti del protestantesimo svizzero si sottolineava l'opportunità di proseguire nell'esame della proposta Ruffy, in quanto le norme del Codice penale che regolavano la materia erano state redatte nel XIX secolo, epoca nella quale le tecniche mediche relative al prolungamento della vita dei pazienti e capaci di esercitare una forte influenza sulle modalità di morte erano ancora sconosciute⁵².

Di fronte all'impossibilità di sviluppare il dibattito davanti al Consiglio nazionale, la discussione si spostò all'interno dell'Accademia Svizzera delle Scienze Mediche, ma questo non impedì alla Chiesa Evangelica della Svizzera Romanda di continuare il dibattito

⁴⁹ C.K. CASSEL, D. MEIER, *Morals and Moralism in the Debate over Euthanasia and Assisted Suicide*, in «The New England Journal of Medicine», 323, 11, 13 September 1990, pp. 750-752; S.H. WAZNER *et al.*, *The Physician Responsibility toward Hopelessly Ill Patients a Second Look*, in «The New England Journal of Medicine», 320, 13, 30 March 1989, pp. 844-849; C.J. RYAN, M. KAYE, *Euthanasia in Australia-The Northern Territory Rights of the Terminally Ill*, in «The New England Journal of Medicine», 334, 5, 1st February 1996, pp. 326-328. Relativamente alla Legge australiana si veda oggi F. BOTTI, *Una legge contestata*, cit., *passim*.

⁵⁰ È appena il caso di ricordare che nel 1993 viene approvata la legge olandese sull'eutanasia, entrata in vigore nel 1994. Essa è accompagnata da statistiche e ricerche relative alla caratteristica dei soggetti che ricorrono alle pratiche eutanasiche. I dati raccolti dimostrano che il ricorso ai trattamenti di fine vita è limitato a malati terminali ormai giunti allo stadio finale della loro vita. Tali dati sono riportati e commentati ampiamente da G. CIMBALO, *La società olandese*, cit., *passim*.

⁵¹ Canton de Genève, Loi 28 mars 1996, (pétition 999-B, Projet de Loi 7252-A).

⁵² U. CASSANI, *Euthanasie et droit pénal, Médecine et Hygiène*, 2 novembre 1994, 2276.

al suo interno. Una volta presi in esame gli aspetti medici del problema, la discussione si spostò ben presto sulle riflessioni teologiche relative alla qualità della vita, percorrendo il terreno proprio di una Confessione religiosa. La riflessione più propriamente teologica che si svolge nel Seminario sull'eutanasia organizzato dall'Università di Ginevra prende le mosse dalle elaborazioni comuni alle Chiese cristiane relativamente alle problematiche di fine vita. Si sofferma su tre questioni: a) volere scegliere quando porre fine alla vita significa volersi sostituire a Dio; b) la vita è sacra; c) la vita è dono di Dio. La prima affermazione deve fare i conti con lo sviluppo della medicina e col dramma dei nati malformati. Tale sviluppo consente un prolungamento della vita attraverso le cure che in passato era impensabile; tuttavia, decidendo di erogare tali cure, l'uomo si pone sullo stesso piano di Dio. Come dire che, utilizzando la scienza, l'uomo prende il posto di Dio nel determinare modalità e tempi della morte. Su questa riflessione una parte della teologia della creazione ha costruito argomentazioni tendenti a fare rilevare che l'uomo, così facendo, si è impossessato di un ruolo che non gli è proprio, superando i limiti di ciò che è umano. Queste argomentazioni rinviano al mito di Prometeo, condannato per aver rubato il fuoco a Dio. Decidendo la morte di un altro essere umano o di se stessi non si permette che la natura segua il suo corso, obbedendo così alla volontà di Dio, e opporsi alla natura significa contrastarla, poiché rispettare l'ordine naturale degli eventi coincide col progetto del Divino⁵³. A queste argomentazioni si risponde chiedendosi come non si possano considerare benedizioni di Dio le molte vie offerte dallo sviluppo della scienza medica, se poi l'uso di queste scoperte significa opporsi al decorso naturale della malattia. È un dilemma insolubile poiché, sia che si prolunghi il momento della morte sia che si riduca la vita, ci si oppone alla volontà di Dio. In modo paradossale questa visione fondamentalista coincide con quella dei grandi filosofi atei del XIX-XX secolo. A tali considerazioni la teologia, sia del protestantesimo sia del cattolicesimo, si oppone risolutamente, non accettando che si giochi con Dio e

⁵³ H. DOUCET, *Les promesses du crépuscule*, cit., p. 92 e ss.

affermando che non ci si oppone a Dio quando si cerca di migliorare la vita umana; anzi in quel momento l'uomo collabora alla creazione, contribuendo a compiere l'opera che Dio ha iniziato, in quanto a Dio non piace giocare con la vita e con la morte. Pertanto l'uomo, agendo come Dio, raccoglie il Suo messaggio e l'aiuta a raggiungere un fine che è anche del Creatore, poiché l'uomo è fatto a sua immagine e somiglianza⁵⁴.

Alcuni filosofi cattolici ritengono che non sia necessario opporsi a tutti i gesti eutanasici, arrivando a sostenere che lo sviluppo della scienza medica e delle biomedicine porta oggi l'uomo a scegliere come morire, ma non necessariamente questo tipo di azione va contro Dio e il Suo volere quando si limita a scegliere le modalità di un processo irreversibilmente già avviato, poiché non si può considerare un atto di arroganza il solo fatto di assecondare un processo naturale⁵⁵.

Queste posizioni di una parte dei filosofi cattolici trovano un forte oggettivo contrasto nelle argomentazioni che vengono sviluppate nell'enciclica *Evangelium Vitae* di Giovanni Paolo II e che convergono per alcuni aspetti con le elaborazioni della teologia protestante. Il rispetto assoluto e indiscutibile della vita come dono di Dio e il carattere sacro attribuito alla stessa dalla teologia cattolica vengono presi come punto di riferimento per concludere che, se è vero che la vita deve essere profondamente e concretamente rispettata, bisogna chiedersi quale forma può prendere questo rispetto. È sempre indiscutibilmente vero che l'uomo non può che fare da spettatore di fronte alla volontà di Dio.

Ebbene la teologia protestante oppone all'immutabilità dei principi la secolarizzazione e porta come contributo di una mo-

⁵⁴ Nello sviluppare queste affermazioni si ricostruiscono le posizioni del teologo ortodosso K. BARTH, *Dogmatique*, v. III, *La doctrine de la création*, t. IV, n. 2, Labor et Fides, Genève, 1965, 8, opponendogli le argomentazioni del teologo cattolico P. RAMSEY, *The Patient as Person*, Yale University Press, New Haven, 1970, p. 164, e di quello protestante J.N. GUSTAFSON, *Basic Ethics Issues in the Biomedical Fields*, in «Soundings», 53, été 1970, p. 164.

⁵⁵ D.C. MAGUIRE, *Death by Choice*, Image Books, Garden City, N.J., 1984, p. 224; C. CURRAN, *Politics, Medicine and Christian Ethics*, Fortress Press, Philadelphia, 1973, pp. 161-162.

derna elaborazione sulla vita i valori dell'autonomia e della qualità della vita. Osservando e ricostruendo il dibattito teologico nell'ambito del pensiero cristiano, in Europa come in America, nel decennio che va dal 1960 al 1970, i teologi ginevrini vedono emergere la necessità di tutelare due nuovi valori: la libera disponibilità di se stessi e la qualità della vita. In fondo si ammette che l'individuo è e deve essere padrone del suo destino e che l'apprezzamento della vita è una questione personale, malgrado che diverse autorità civili o religiose cerchino di controllarlo. Pertanto una riflessione sull'eutanasia oggi deve tenere conto della modernità e della secolarizzazione⁵⁶. Si intende così sottolineare che le scoperte mediche, le nuove terapie, l'allungamento della vita, la crescita oggettiva delle aspettative di vita sono elementi nuovi di valutazione che sconvolgono il quadro di certezze preesistenti. Pertanto le domande sulla vita e sulla morte vanno contestualizzate rispetto alla società nella quale si vive, all'evoluzione dettata dal passaggio del tempo e alle modificazioni che la nuova situazione ha prodotto sui modi e sulle forme di vita. La sconfitta di tradizionali malattie, l'allungamento della vita, che si conclude spesso con una fase segnata dalla medicalizzazione, impongono riflessioni approfondite. Ci si chiede se ciò significa che lo sviluppo della scienza medica debba condurre alla liberalizzazione dell'eutanasia. Certo il valore preponderante che la stessa bioetica assegna al principio di autonomia farebbe ritenere logica e inevitabile questa conclusione, ma, se è vero che il concetto di autonomia è universalmente utilizzato

⁵⁶ Ma vi è chi ritiene che la secolarizzazione "produce l'affievolimento progressivo di una cultura, di una mentalità, di una prassi individuale e collettiva, radicate nel patrimonio morale di una religione. Al tempo stesso essa produce, su altro versante, fenomeni di riaggregazione sociale intorno a principi informatori dell'attività sociale che risultano fortemente interiorizzati, i quali tendono a divenire quasi delle 'religioni secolari'". "A non diverse conclusioni si giunge, evidentemente, qualora si intenda per secolarizzazione l'esaurimento progressivo dei valori tradizionali, senza un progressivo processo di aggregazione attorno a valori nuovi. In questo contesto sociale, quasi ineluttabilmente, ci si avvia verso quel soggettivismo etico per il quale è l'individuo che assegna i valori, che determina i principi e le norme dell'agire; soggettivismo etico in ragione del quale è sempre più difficile trovare valori e norme condivisi da tutti". G. DALLA TORRE, *Bioetica e diritto*, cit., p. 16 e ss. Si veda anche: F. D'AGOSTINO, *Diritto e secolarizzazione. Pagine di filosofia giuridica e politica*, Giuffrè, Milano, 1982.

in bioetica, è anche vero che non per tutti si può dare ad esso un significato univoco. Per alcuni applicare e rispettare l'autonomia dell'individuo vuol dire innanzitutto che egli deve essere trattato come un agente autonomo, dal che consegue che una persona che ha una ridotta autonomia deve essere protetta. Questa considerazione porta a individuare o nello Stato o in principi morali lo strumento di salvaguardia delle posizioni di ogni individuo. Ma fino a che punto non ci si deve anche proteggere da un soggetto altro o dai valori elaborati da una qualche autorità, visto che in tal modo si potrebbe restare vittime di un atteggiamento paternalistico o negatore delle libertà? E ancora, il rispetto dell'autonomia non porta forse come immediata conseguenza che si debba rispondere positivamente a qualunque desiderio del paziente in quanto soggetto debole che ha bisogno di essere protetto?

Queste considerazioni si intrecciano con altre che danno dell'autonomia in bioetica una lettura che rispetta le elaborazioni di Kant⁵⁷, mentre altri preferiscono rifarsi alle posizioni estreme di Mill⁵⁸. Questa visione dell'autonomia è poi filtrata attraverso il pensiero di Locke, il quale appare preoccupato di proteggere i diritti dell'individuo contro il potere dello Stato, al punto che una tale concezione dell'autonomia è identica alla libertà negativa propria del liberalismo classico, tesa a proteggere l'individuo contro l'intervento di chiunque altro. Una tale concezione ha trovato la sua realizzazione nel diritto statunitense, il quale assegna una priorità assoluta al diritto dei cittadini di realizzare la loro particolare condizione di vita col solo limite di non ledere la libertà degli altri. Tale visione dell'autonomia è divenuta prevalente in larga parte della bioetica, in ragione del fatto che le Corti del Nord America hanno

⁵⁷ T.H. ENGELHARDT, *The foundations of Bioethics*, Oxford University Press, New York, 1986, pp. 68-71.

⁵⁸ Numerosi sono gli autori che si pongono su questa posizione e tra questi citiamo: B. HOFFMASTER, B. FREEDMAN e G. FRASER (a cura di), *Clinical Ethics: Theory and Practice*, Humana Press, Clinton, N.J., 1989, pp. 17-55; S. GOROVITZ, *Moral Problems in Medicine*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1976, pp. 17-52; T.A. MAPPEL, J.S. ZEMBATY (a cura di), *Biomedical Ethics*, McGraw-Hill Books, New York, 1981, pp. 19-43; R. MUNSON (a cura di), *Intervention and Reflection: Basic Issues*, in «Medical Ethics», Wadsworth Publishing Co., Belmont, 1979, pp. 1-39.

dato corpo al principio dell'individuo come proprietario della sua vita, attraverso una lunga e complessa giurisprudenza caratterizzata dal riconoscimento della completa autodeterminazione. Da ciò consegue che l'individuo può rifiutare una terapia, un trattamento medico che egli giudica contrario ai suoi principi e ai suoi interessi. Si è così di fronte all'impatto generale che hanno avuto sul pensiero giuridico le sentenze delle Corti americane che hanno riconosciuto ai Testimoni di Geova il diritto di rifiutare le trasfusioni di sangue. Non si tratta qui di un comportamento esclusivo della giurisprudenza nord-americana, poiché tali principi sono penetrati in tutto il diritto moderno, nelle Dichiarazioni internazionali dei Diritti dell'Uomo, come nelle diverse Carte che riassumono i principi etici, le quali tutte riconoscono, come elemento centrale di riferimento, i concetti di autonomia e di autodeterminazione. L'unica verifica che viene effettuata è quella relativa all'effettiva capacità del soggetto di assumere le decisioni senza condizionamenti esterni e pertanto non si vedono sul piano logico motivi per opporsi alla richiesta di un soggetto consapevole che domanda di essere aiutato a morire. Se si ammette che l'uomo è padrone della sua vita, implicitamente si acconsente al fatto che egli possa controllare la sua morte. Se si applica il principio di autonomia alla bioetica, una diretta conseguenza è quella di mettere in discussione il controllo che la medicina esercita sull'essere umano poiché, in base al principio di autodeterminazione, l'uomo può compiere delle scelte come negli altri settori della vita. In tal modo il soggetto dà una direzione al proprio destino, recuperando l'intuizione di Bacone che notava come la possibilità di curarsi aveva esaltato la responsabilità dell'individuo rispetto a se stesso.

Durante il dibattito svoltosi nell'Università ginevrina si rileva, non a caso, che, nei tempi moderni, l'espressione "diritto a morire" appare per la prima volta in Inghilterra nella seconda metà dell'Ottocento e solo dopo la seconda guerra mondiale riprende la discussione sul tema a seguito della pubblicazione di un articolo di Joseph Fletcher, nella rivista «Theology Today». Questa riflessione viene vista come il preannuncio del dibattito che si svilupperà nel decennio seguente a causa dell'introduzione delle tecnologie moderne nelle cure mediche. L'approccio proposto parte dal concetto di autodetermi-

nazione dell'individuo⁵⁹ e caratterizza tutta la pubblicistica al riguardo del dibattito sull'eutanasia, al punto – si fa notare – che l'espressione viene accettata anche dalla Congregazione per la Dottrina della Fede nella sua dichiarazione sull'eutanasia del maggio 1980.

Il dibattito tra i partecipanti al Seminario si sviluppa ulteriormente e si sposta sulle modalità della morte, sottolineando che essa deve poter avvenire con dignità: ciò significa che il paziente può esprimere la volontà di rifiutare una cura se questa è così devastante da minarne o metterne in discussione la dignità, che assurge a bene meritevole di tutela rispetto ad una vita vissuta a tutti i costi. È per questo motivo che nel 1976 la California proclama per la prima volta il diritto alla morte, accettando come valido il rifiuto di un trattamento medico da parte di un paziente. Non si tratta dell'accettazione dell'eutanasia, ma semplicemente del diritto a negare che l'aiuto medico avvenga comunque. La posizione californiana viene presto rafforzata dalla legislazione emanata dall'Oregon, al punto che viene da chiedersi se vi sia un diritto costituzionalmente garantito alla morte. Della questione viene investita nel 1997 la Corte Suprema statunitense, la quale risponde negativamente⁶⁰.

Malgrado la decisione della Corte Suprema statunitense, la riflessione complessiva sull'evoluzione del costume e soprattutto sullo sviluppo delle cure mediche, fortemente condizionate da una vera e propria rivoluzione biologica, obbliga a riflettere sulla condizione umana e a ripensare quali siano i più elementari diritti dell'uomo, tra i quali spicca certamente il diritto all'autodeterminazione, un valore caro alla teologia e al mondo protestante. Le

⁵⁹ J. FLETCHER, *Our Right to Die*, in «Theology Today», VIII, 2, May 1951, pp. 202-212; ID., *Morals and Medicine: The Moral Problems of the Patient's Right to Know the Truth, Contraception, Artificial Insemination, Sterilization, Euthanasia*, Princeton University Press, Princeton, 1979², p. 243. Il riconoscimento del "diritto a morire" passa necessariamente per il rifiuto delle cure mediche e pertanto il dibattito si sviluppa in un contesto medico e vede coinvolti i Testimoni di Geova e il loro deciso rifiuto delle trasfusioni, comportamento religioso che diviene emblematico per misurare la priorità di valori come quello della fede rispetto al diritto alla vita.

⁶⁰ Y. KAMISAR, *Are Laws against Assisted Suicide Unconstitutional?*, in «Hastings Center Report», 23, 3, mai-juin 1993, pp. 32-41; R.A. SEDLER, *The Constitution and Hastening Inevitable Death*, in «Hastings Center Report», 23, 5, september-october 1993, pp. 20-25.

tematiche relative al diritto alla morte appartengono dunque alla valorizzazione dell'individuo in chiave moderna e appare perciò incomprensibile che sia lasciata alle Chiese la decisione su una questione che invece è di stretta competenza dell'individuo. È quanto già avvenuto con l'aborto allorché le donne hanno rivendicato l'appartenenza del proprio corpo a se stesse.

Le considerazioni che hanno condotto a questa conclusione fanno dire che le posizioni delle Chiese vanno interpretate in una visione del modo in cui l'essere umano è in relazione con un Dio che dà senso alla sua vita e gli indica quali sono i valori fondanti della sua condotta morale. La vita potrà anche appartenere a Dio, ma è l'uomo che la possiede e la gestisce!

Viene così ripreso il pensiero di Taylor, laddove egli afferma che l'uomo moderno è dotato di profondità interiore e che le sue azioni devono corrispondere al suo modo di essere umano. Questa è la conferma di un'importanza tutta particolare attribuita alla sincerità che ognuno deve avere verso se stesso, poiché ognuno deve essere fedele alla sua originalità, in quanto l'essere umano è unico e irripetibile. È perciò che egli deve decidere per se stesso, indipendentemente da una legge universale che appare inaccettabile, poiché, quando il soggetto prende coscienza che la sua vita, disintegrata e annichilita dalla malattia, è ormai senza dignità, deve poter decidere di ricorrere all'eutanasia volontaria. Questa scelta appartiene alla dignità umana e corrisponde a ciò che nell'epoca postmoderna si definisce buona morte⁶¹. Se la medicina non può migliorare la condizione umana e la vita si riassume in un succedersi di sofferenze, la buona morte diviene la soluzione più umana⁶². Queste riflessioni ci consentono di meglio comprendere cosa può voler dire oggi qualità della vita, in quanto questa espressione corrisponde al desiderio e alla volontà di vivere un'esistenza che abbia un valore e un significato ben determinato per la persona che la vive. È per questo motivo che questa

⁶¹ C. TAYLOR, *Grandeur et misère de la modernité*, Bellarmin, Montréal, 1992, p. 44.

⁶² Per giungere a queste conclusioni si utilizzano le riflessioni sia di Cartesio che di Bacone. H. DOUCET, *Les promesses du crépuscule*, cit., pp. 117-118.

espressione finisce per essere utilizzata nel dibattito di bioetica come l'opposto di quella relativa alla sacralità della vita. La determinazione della qualità della vita dipende da indicatori obiettivi che possono definirne l'eccellenza. Si tratta della capacità di conservare una vita di relazioni, di essere biologicamente attivi, di essere autonomi e autosufficienti, di non dover necessariamente dipendere da altri per vivere, della capacità di poter scegliere il luogo dove vivere e come organizzare la propria giornata e gestire le proprie ambizioni.

La qualità della vita può dunque essere misurata, creando una gerarchia tra le condizioni suddette che devono essere soddisfatte in una misura il più possibile ottimale perché la qualità della vita possa essere un valore reale⁶³. È questa la distinzione tra l'impostazione filosofica tradizionale, che farebbe capo ad Aristotele e a Platone, e la tradizione filosofica anglo-americana, che invece fa discendere la felicità dalla soddisfazione della libertà, dalla tolleranza, dall'uguaglianza, che costituiscono delle precondizioni per poter godere effettivamente di una vita qualitativamente alta. D'altra parte il bisogno di qualità della vita soddisfa e caratterizza la medicina contemporanea, la quale, grazie agli sviluppi tecnologici, è riuscita a prolungare la vita, ma non sempre riesce a garantirne la qualità. Ad esempio, non c'è dubbio che la chemioterapia permetta di prolungare la vita, ma la domanda che ci si pone è a quale prezzo e che tipo di vita garantisca, anche in rapporto al dolore necessario per viverla. Ecco perché, mentre migliora nella sua capacità di curare, la medicina moderna non tace più sulla qualità della vita, ma la assume come necessario punto di riferimento per misurare la propria efficacia.

Per soddisfare questa esigenza sono stati ideati dei veri e propri strumenti di misura detti QUALYS (Quality Adjusted Years Li-

⁶³ W. AIKEN, *The Quality of Life*, in J.J. WALTER, T.A. SHANNON (a cura di), *Quality of Life: The Medical Dilemma*, Paulist Press, New York, 1990, p. 23; E.W. KEYSERLINGK, *Le caractère sacré de la vie ou la qualité de la vie*, Commission de réformes du droit du Canada, Ottawa, 1979, pp. 58-61.

fe)⁶⁴. Tali strumenti dovrebbero consentire un'oggettiva valutazione del rapporto costi-benefici ai fini di una gestione sia della qualità della vita che della morte. Se il trattamento sanitario produce assenza di qualità della vita, sarà lecito ricorrere alla morte e perciò il parametro della qualità della vita è quello che consente di accedere con serenità all'eutanasia⁶⁵. Questi parametri che sembrano apparentemente frutto di una mera elaborazione teorica, scevra da emozione e sentimenti, sono stati tuttavia adottati dalla giurisprudenza anglosassone che ne ha fatto lo strumento per valutare, da un punto di vista utilitaristico, situazioni concrete⁶⁶.

La sistemazione teorica e filosofica di un tal modo di procedere è opera del filosofo australiano Peter Singer, il quale sostiene che, se la vecchia etica è fondata sulla sacralità della vita, la nuova si basa sulla qualità della vita. Bisogna quindi riscrivere i comandi antichi, accettando l'idea che la vita umana non ha un eguale valore, ma essa differisce secondo criteri precisi. Mentre la vecchia etica affermava che mettere fine ad una vita umana innocente non era giusto, la nuova etica proclama che l'individuo deve assumersi la responsabilità delle conseguenze delle sue azioni, così se il me-

⁶⁴ Viene messo a punto un sistema valutativo tale per cui un anno di vita in buona salute è uguale ad 1, un anno di vita in cattiva salute sarà inferiore ad 1 e la morte verrà conteggiata come 0. Se la morte viene conteggiata 0 è all'inizio possibile che un QUALYS sia negativo, cioè che la qualità della vita di questa persona sia giudicata pari alla morte. L'idea generale è che un'azione sanitaria benefica è quella che produce un totale positivo di QUALYS, mentre un'azione sanitaria efficace è quella nella quale la somma degli aspetti positivi è bassa, ma possibile. Un'azione sanitaria ad alta priorità è quella dove il costo per QUALYS è basso e un'azione di media priorità è quella dove il costo per QUALYS è elevato. Dovrebbe essere così possibile valutare il rapporto tra costo della cura, effetti di essa e qualità della vita, in rapporto agli anni guadagnati nella durata della vita. A. WILLIAMS, *The Values of QUALYS*, in «Health and Social Service Journal», July 1985, 3; M. LOOCKWOOD, *Qualité de la vie et affectation des ressources*, in «Revue de métaphysique et de morale», 87, 1987, p. 313; P.T. MENZEL, *Strong Medicine*, Oxford University Press, New York, 84, 1990.

⁶⁵ H. DOCET, *Les promesses*, cit., p. 126; ID., *Mourir*, Paris-Ottawa, 1988, pp. 67-70; ID., *Au pays de la bioéthique*, Genève, 1996, pp. 53-54.

⁶⁶ Si veda il caso "Baby Doe", 9 aprile 1982. J.J. POMERANCE, B.S. SCHIFRIN, *Anencephaly and the Baby Doe regulations*, in «Pediatr. Res.», 21, 4, pt. 2, 373A., 1987; D.L. COULTER, *Beyond Baby Doe: does infant transplantation justify for euthanasia?*, in «J. Assoc. Persons With Severe Handicaps», 13, 1988, pp. 71-75.

dico ritiene che mettere fine alla vita di un paziente è nell'interesse di questi, deve prospettare al paziente e ai suoi parenti l'opportunità di farlo. Il terzo criterio è che non si deve mettere fine alla vita di chicchessia contro la sua volontà, ma bisogna rispettare il suo desiderio di morire quando la vita non vale la pena di essere vissuta. Queste sono le regole base che caratterizzano la nuova etica della qualità della vita, secondo un'impostazione tipicamente utilitaristica⁶⁷.

Questa riflessione ricostruttiva, svoltasi durante il seminario di approfondimento tenutosi nella Facoltà di Teologia dell'Università di Losanna che abbiamo ricordato, ci offre in estrema sintesi le ragioni di due scuole di pensiero:

a) la prima, d'ispirazione principalmente religiosa che mette al centro il carattere sacro della vita e sottolinea che essa è un dono di Dio. Da ciò deriva che l'essere umano non è padrone assoluto del suo destino e che la sofferenza della malattia non rappresenta la fine della vita, in quanto questa può essere una prova di fronte alla quale Dio ci pone per permettere la nostra crescita umana e spirituale;

b) la seconda che rivendica l'autonomia dell'essere umano che prende totalmente in mano il proprio destino. Da ciò consegue che un malato non deve per forza sopportare un'esistenza dolorosa e la morte può essere migliore della vita. Siccome l'uomo è autonomo, può prendere la decisione di continuare a soffrire o che è giunto il momento della fine della vita.

Di fronte a queste due posizioni i teologici protestanti si chiedono quale contributo essi possano dare per consentire che la Chiesa aiuti l'uomo nel rispetto della sua personalità e del messaggio salvifico del quale essa è portatrice.

⁶⁷ P. SINGER, *Rethinking Life and Death*, St. Martin Press, New York 1995, trad. it. *Ripensare la vita*, Il Saggiatore, Milano, 1996. Dello stesso orientamento M.D. BAYLES, *Euthanasia and Quality of Life*, dans J.J. Walter, A. Shannon, Paulist Press, New York, 1990, pp. 265-281.

4. *Il contributo della teologia protestante al dibattito sull'eutanasia*

Le considerazioni precedentemente esposte, delle quali abbiamo cercato di dare una sintesi, sono strumentali e funzionali a contestualizzare e a introdurre il tema di fondo della riflessione sviluppata dalla Facoltà teologica di Losanna nel corso del seminario del quale Hubert Doucet dà conto e consentono di domandarsi se la teologia protestante possa dare, in questa fase del dibattito, un contributo allo sviluppo della riflessione sulle questioni connesse alla fine della vita e all'eutanasia.

Ancora una volta per rispondere a tali quesiti si procede con il metodo della ricostruzione storica del dibattito per individuare con maggiore chiarezza le questioni ancora aperte. Si parte dal riconoscimento del grande contributo dato all'analisi dei problemi connessi all'eutanasia dalla teologia cattolica e segnatamente dalle prese di posizione di Pio XII. Si osserva che il Pontefice, riflettendo sul dolore conseguente ad uno stato di malattia e modificando la posizione della Chiesa sulla somministrazione degli oppiacei nell'ambito delle cure palliative, rende lecito il ricorso alla sedazione anche quando vi è l'effetto secondario dell'accelerazione della morte. Questa presa di posizione ha consentito la messa a punto di percorsi logico-sistematici, fatti poi propri anche dalla dottrina penalistica, soprattutto in Italia⁶⁸. Il risultato di questa riflessione, la sistematicizzazione di concetti quali quello del doppio effetto e quello del rifiuto all'accanimento terapeutico – in nome dell'accettazione della morte come evento naturale e come passaggio verso la vita ultraterrena – hanno come conseguenza il ridimensionamento delle problematiche di fine vita. Se rifiutare le cure quando queste sono dolorose e non hanno effetti risolutivi è un diritto naturale, in quanto facente parte dei diritti riconosciuti all'uomo, può essere irrilevante che questa scelta

⁶⁸ Sul punto si veda L. STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *Eutanasia e diritto*, cit., pp. 85-94; S. CANESTRARI, *Relazione di sintesi. Le diverse tipologie di eutanasia: una soluzione possibile*, in S. Canestrari, G. Cimbalo, G. Pappalardo (a cura di) *Eutanasia e diritto*, cit., pp. 213-235.

abbia conseguenze eutanasiche. Se attenuare il proprio dolore è un diritto che può essere perseguito comunque, l'effetto secondario della morte come conseguenza di un trattamento sanitario non è nemmeno esso, a ben vedere, un comportamento di tipo eutanastico. Se rifiutare cure di effetto incerto è lecito, anche questo comportamento non può essere ricompreso nell'ambito dell'eutanasia, la quale rimane perciò circoscritta a quella attiva. L'impostazione teologica del problema fornita dalla Chiesa cattolica⁶⁹, ma che vede anche il contributo di qualche teologo protestante, come Ramsey e McCormick, regge fino a quando, dopo la metà degli anni Cinquanta, non assistiamo alla nascita della biomedicina, che ha come effetto l'allungamento della vita e il forte sviluppo di terapie di sostegno alla malattia. È allora che le posizioni di Joseph Flechter, che afferma la legittimità dell'eutanasia in ragione del diritto alla morte, riprendono consistenza. La teologia, che nella prima metà del secolo scorso ha giocato un ruolo determinante per sistematicizzare e razionalizzare l'approccio all'eutanasia, si trova oggi di fronte alla necessità di compiere un'elaborazione ulteriore che tenga conto del fatto che molti ordinamenti positivi sono andati ben al di là dei limiti individuati, regolamentando l'eutanasia attiva mediante una elaborazione concettuale che non ha visto la presenza della teologia. Se quella cattolica appare ancora ferma alle elaborazioni ricordate, anche a causa delle pronunce del magistero pontificio che ne segna i limiti di elaborazione, la teologia protestante sente il bisogno di uno sforzo ulteriore e, forte di una maggiore libertà, propone una riflessione basata su altri aspetti della dimensione del morire. Nella tradizione teologica protestante non si tratta di un'elaborazione obbligatoria, ma di una proposta aperta di discussione che sostanzialmente si sviluppa su quattro orientamenti.

⁶⁹ Per tutti Pio XII, *Problemi medici e morali della rianimazione*, cit. Queste posizioni trovano riscontro negli scritti di K. BARTH, *Dogmatique*, vol. III, *La doctrine de la création*, t. IV, Genève, 1965, pp. 106-114; R.A. McCORMICK, *To Save or Let Die*, in «America», 131, 13 juillet, 1974, pp. 6-10; J.J. WALTER, *The Meaning and Validity of Quality of Life Judgments in Contemporary Roman Catholic Medical Ethics*, in «Louvain Studies», 13, 3, autumn 1988, pp. 195-208.

Il primo di questi è quello di richiamare l'attenzione e la riflessione sulla totalità della persona malata, suggerendo una visione globale di essa. Ciò significa domandarsi se è corretto che *équipe* di cura sempre più specializzate possano occuparsi e tenere conto solo dei differenti organi malati e non dell'insieme della persona malata. La cura offerta può essere tecnicamente impeccabile, ma umanamente frustrante; è quanto avviene spesso con i malati colpiti nell'apparato immunitario, i quali si portano dietro problemi di esclusione, di emarginazione. È quanto avviene con gli affetti da tossicodipendenza per i quali una parte rilevante della cura è di carattere umano – psicologico prima che clinico – medico. È ancora quanto possiamo verificare in relazione a trattamenti antitumorali che producono invalidità parziali e riduzione dell'autonomia di gestione del proprio corpo. L'etica ha affermato l'autonomia del paziente e quindi il diritto all'informazione e alla verità, eppure la gran parte dei pazienti ancora oggi non è informata e non riesce a prendere la parola e a esprimere le sue richieste e i suoi desideri. È perciò che viene da chiedersi se esiste un dialogo tra malato ed *équipe* curante e se sono stati fatti tutti gli sforzi per consentirlo. Ecco perché oggi una parte della riflessione in campo bioetico e teologico si sofferma sulla relazione medico – malato, alla ricerca di un'alleanza necessaria tra terapia e cura. Il paziente rischia di considerarsi altrimenti come un peso per l'*équipe* curante, la società, i parenti, al punto da desiderare la morte. Da queste riflessioni deriva che, se il medico è preoccupato della totalità della persona, egli deve farsi carico della situazione del malato durante tutta la malattia e non solo nella fase terminale e comprendere che a un certo punto, di fronte all'aggravarsi della malattia, può entrare in gioco l'interesse del malato a porre fine alla sua vita. Interesse che non necessariamente è in contrasto con l'etica medica, i fini della medicina, la missione del medico e il rispetto della vita.

Un altro spunto di riflessione è costituito dal fatto che mettere fine alla vita di qualcuno o alla propria è chiudere la storia di una persona. Ebbene i giorni che restano da vivere grazie alle cure palliative costituiscono comunque una parte integrante della vita e dell'esistenza umana. Da questo punto di vista l'eutanasia medica, cioè quella praticata senza il consenso esplicito del malato incosciente o

incapace, nega il riconoscimento della storia personale di ognuno e diminuisce in modo drastico la funzione antropologica e originale della vita. Dare la morte per motivi di compassione crea un nuovo tipo di contratto sociale, in quanto conferisce a qualcuno il potere di dare la morte a una persona senza avere la percezione diretta di quali siano i suoi migliori interessi e appare perciò una pratica inaccettabile. È inoltre palese che la persona malata si trova in una situazione d'evidente inferiorità rispetto all'*équipe* curante, ai parenti e alla società; è perciò indotta a ritenersi un peso e in questa situazione rischia di richiedere l'eutanasia, mossa da una sorta di dovere sociale che la induce a farsi carico del fatto che il sistema sanitario dispone di risorse limitate. È perciò che, tenendo conto di queste considerazioni, la teologia non può che invitare a guardare all'esistenza umana con una particolare attenzione per il rispetto della personalità del malato.

Il secondo orientamento è diretto al riconoscimento della morte, intesa come esperienza connaturata all'esistenza umana piuttosto che come male assoluto. Questo fatto è fonte di contraddizione poiché la medicina tende sempre e comunque alla guarigione del malato. Invece "death in general is inevitable, but death in particular is contingent"⁷⁰. Ciò che è cambiato è la visione della malattia, un evento al quale pensiamo come un episodio breve dal quale si esce guariti e liberi di continuare a vivere. La differenza si ha quando la malattia assume una dimensione cronica come il cancro, il diabete, le malattie degenerative del sistema nervoso, le malattie cardiache, renali, l'AIDS, che cronicizzandosi possono portare alla morte. In questo caso la morte si presenta come un evento in qualche modo inevitabile e assume teologicamente le caratteristiche di un mistero. Le Sacre scritture ci insegnano che la morte è seguita dalla resurrezione, resurrezione che è anche del corpo, ma questo evento si verifica in un mondo ultraterreno, al cospetto di Dio e sfugge quindi alla nostra percezione sensibile. È perciò che noi sia-

⁷⁰ D. CALLHAN, *The Troubled Dream of Life. Living With Morality*, Simon & Schuster, New York, 1993, p. 75.

mo indotti a provare un grande rispetto per il morente, in quanto in quella fase la vita non è già più vita, ma fa parte di un'altra dimensione che non ci appartiene. Ecco perché, confortati dalla credenza che la distruzione della morte non è senza ritorno e forti dell'esperienza cristiana fondata sulla resurrezione di Cristo, noi possiamo accettare la morte e, piuttosto che essere schiavi della biomedicina che cerca di fabbricare una vita artificiale, siamo indotti a domandare l'eutanasia.

La terza questione riguarda l'aiutare la società a familiarizzare con la sofferenza della morte. Uno dei contributi della teologia protestante al dibattito sull'eutanasia porta ad una riflessione sulla sofferenza. Benché il cristianesimo e una certa chiesa abbiano propugnato sempre una visione "dolorista" della vita, le comunità cristiane hanno moltiplicato i loro sforzi per combattere la malattia e alleviare le sofferenze dei malati, facendosi ieri promotori degli ospedali e oggi delle cure palliative. In Occidente oggi non sappiamo più che farcene della sofferenza, essa è divenuta il male assoluto. Il pensiero occidentale è ricco di riflessioni su queste tematiche, da Bentham a Saint-Just. La medicina moderna ha dato a questa lotta un contributo determinante, contribuendo a costruire un mondo senza sofferenze. In questa situazione la domanda di eutanasia e di aiuto medico al suicidio assume un significato logico e comprensibile. L'uomo tende oggi a costruire un mondo senza sofferenza, privandosi delle esperienze tragiche e così prendendo le distanze dal trascendente. La medicina moderna tende a sopprimere sia la sofferenza che la morte, a non avere senso del limite e, privando l'uomo di esperienze tragiche, non gli permette di cogliere la trascendenza. Alcuni interventi terapeutici sono dunque accettabili anche se possono ridurre la durata della vita, a condizione che l'obiettivo sia il controllo del dolore e non l'abbreviamento della vita. La natura profonda della sofferenza è lasciata alla religione e alla spiritualità; le scienze della salute tentano di diminuire il dolore attraverso la medicalizzazione. Non è accettabile che i pazienti affetti da malattie incurabili continuino a soffrire con modalità considerate indegne per un essere umano. Anche se la sofferenza è un'esperienza individuale, privata che non può essere totalmente socializzata, occorre adottare cure pal-

liative perché i pazienti possano essere aiutati nel loro tentativo di assumere consapevolezza della loro condizione, cercando una soluzione che non sia limitata al controllo del dolore, ma abbia una portata più generale⁷¹.

La quarta questione è basata sulla nozione di compassione. Si parte ancora una volta da una riflessione sulle cure palliative che hanno giocato un ruolo essenziale nel processo di riappropriazione etica della morte, poiché grazie al controllo del dolore siamo portati a pensare di avere reso la morte umana. Eppure spesso scopriamo che la vita di un malato non necessariamente trova senso se il dolore è controllato, poiché rimane aperta la questione sul perché vivere se la vita non è altro che l'attesa della morte. Non si può rispondere a questa domanda senza l'apporto essenziale della teologia, la quale ci suggerisce come unica soluzione possibile il ricorso alla compassione che è il cuore delle relazioni umane, della responsabilità dell'altro. È attraverso la compassione che recuperiamo la dignità umana possibile in una dimensione che è insieme di sostegno morale e spirituale. Come rileva l'evangelista Matteo, il malato è lo stesso Cristo; il buon Samaritano che si prende cura della persona ferita rappresenta l'agire cristiano.

⁷¹ Si veda al riguardo il caso Sue Rodriguez, affrontato dinanzi alla Corte Suprema del Canada, cfr. Supreme Court of Canada, Rodriguez v. British Columbia (Attorney General), [1993] 3 S.C.R. 519, September 30, 1993, docket n. 23476; D. GREGORY D., *The Myth of Control: Suffering in Palliative Care*, in «Journal of Palliative Care», 10, 2, 1994, p. 18; R. SOBEL, *The Myth of Control: Suffering in Palliative Care*, in «Journal of Medical Humanities», 17, 4, 1996, pp. 255-259; J. KEOWN, *Euthanasia, Ethics and Public Policy. An Argument Against Legalisation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 32 e ss.; J. DOWNIE, *Country Report Canada*, in J. TAUPITZ (a cura di), *Regulations of Civil Law to Safeguard the Autonomy of Patients at the End of Their Life. An International Documentation*, Springer, New York-Berlin, 2000, p. 173 e ss.; M. OTLOWSKI, *Voluntary Euthanasia and the Common Law*, Oxford University Press, Oxford, 1997, p. 86 e ss.; R. COHEN-ALMAGOR, *Euthanasia in the Netherlands: The Policy and Practice of Mercy Killing*, Springer, Dordrecht, 2004, p. 19 e ss. Per un'analisi medica-psicologica, cfr. J. KEOWN, *Euthanasia Examined: Ethical, Clinical and Legal Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2, 1997, p. 97 e ss.; A.A. LEENAARS, M.J. KRAL, R.J. DYCK, I. SAKINOFSKY, S. WENCKSTERN (a cura di), *Suicide in Canada*, University of Toronto Press, Toronto-Buffalo-London, 1998, p. 427 e ss.

In conclusione, se è vero che nel dibattito sull'eutanasia la società non ha bisogno di argomenti di ordine teologico per alimentare la riflessione sull'argomento, tuttavia essa necessita del contributo e dell'esperienza che può venire dall'antropologia teologica che si caratterizza per un senso concreto della vita e della morte che la filosofia non ha. Sarà così possibile aiutare ad approfondire in tutta la sua ricchezza e complessità la riflessione su cosa significa vivere, soffrire e morire. La teologia invita a rivedere il nostro rapporto con la medicina, valorizzando l'aiuto che viene da Dio all'individuo segnato dalla sofferenza e dalla morte e lo aiuta a riscoprire la sua dimensione umana.

Si conclude così la riflessione teologica dell'Eglise Evangélique della Suisse Romande, la quale si traduce in documento di Chiesa che rappresenta un sostegno allo sviluppo del dibattito in corso nella società svizzera a proposito della regolamentazione giuridica dell'eutanasia⁷².

Non si può sottovalutare ruolo e importanza della posizione espressa dai teologi della Eglise Evangélique della Suisse Romande, poiché essa dispiega i suoi effetti in tutta l'area della cultura francofona vicina al protestantesimo. Anche se negli ultimi anni il numero degli aderenti alla Chiesa ha subito in Svizzera una flessione significativa, l'influenza della Confessione a livello sociale e soprattutto culturale rimane rilevante e si dimostra capace d'influire sulle scelte del Parlamento e del paese. I collegamenti organici con i teologi canadesi di lingua francese sono serviti da veicolo per allargare anche a quel paese le risultanze del dibattito svoltosi in Svizzera, trovando terreno fertile nella comune struttura federale dello Stato, nel largo spazio dato alle leggi suppletive, nella regolamentazione delle materie personalizzabili e nella forte impronta personalistica che caratterizza anche quell'ordinamento.

⁷² Dossier présenté par le GEA, Groupe d'Etude des Assemblées et Eglises Evangéliques en Suisse Romande, *Etude sur l'euthanasie*, texte préparé par Anne-Lise Gagnebin, mai 2003.

5. *Le religioni di recente radicamento in Svizzera e i problemi di fine della vita: composizione multietnica dei residenti in Svizzera*

Abbiamo avuto modo di rilevare che la società svizzera è tra le più chiuse d'Europa, al punto da costituire una *enclave* difficilmente permeabile alla "cultura di nuovi valori" che caratterizza le società multiculturali. Tuttavia, se prendiamo in esame i dati del censimento del 2000⁷⁵, ci accorgiamo di non poter parlare di una stagnazione totale della composizione sociale poiché, a causa di un incrociarsi di fenomeni, si rilevano alcune novità che stimolano qualche considerazione relativamente al rapporto tra appartenenza religiosa, valori etici ed elaborazione di nuovi valori.

L'analisi dei dati rivela che la componente protestante e quella cattolica registrano un calo di adesioni, in parte dovuto alla presenza di altri gruppi religiosi, in parte ad una disaffezione dalla religione, alimentata dal fenomeno d'inurbamento, tendenza questa rilevata in tutti i paesi del mondo. La presenza crescente d'immigrati, tollerati perché necessari all'economia del paese, non ha reso esente la Confederazione elvetica dai problemi connessi al multiculturalismo e a una delle sue più dirette conseguenze: il pluralismo religioso ed etico, tanto più che, anche se ristretta ai ceppi linguistici e religiosi autoctoni, la Svizzera è per sua natura pluralista. Inoltre, in Svizzera come ovunque, il diffondersi di nuovi credi religiosi costituisce un'allettante alternativa alle religioni tradizionali (cattolica e protestante), perché questi nuovi culti offrono un senso forte di comunità e appartenenza che fa da antidoto alla perdita d'identità dovuta all'inurbamento e alle vecchie sicurezze offerte dagli istituti di democrazia diretta.

Pertanto, la ragione della crisi di queste due grandi componenti religiose non sta nell'avvento degli immigrati che hanno portato con sé la propria etica religiosa, propagandandola e diffondendola,

⁷⁵ Ufficio federale di statistica, *Censimento federale della popolazione 2000. Struttura della popolazione, lingua principale e religione*, Neuchâtel, 2003.

ma piuttosto in problemi che sono propri degli abitanti originari della Confederazione, insofferenti del provincialismo e della chiusura tipica delle società cantonali. Inoltre è bene rilevare che il consumo di servizi religiosi, l'uso di determinate matrici culturali prescindono dalla cittadinanza e la richiesta di celebrare il rito verso un proprio Dio si può difficilmente negare a chiunque si trovi in un territorio, così come è impossibile controllare e orientare comportamenti etici legati a fattori culturali. Ciò consolida le comunità dei residenti, a prescindere dal possesso della cittadinanza, fa crescere i bisogni specifici da soddisfare, fa emergere esigenze e abitudini nel momento in cui si forniscono le cure, si celebra e si partecipa al culto nel momento in cui si muore. Il problema di come morire è dunque un problema legato alla popolazione stanziata sul territorio, che prescinde in qualche misura dalla cittadinanza posseduta. Prova ne sia che la LAMal copre tutti coloro che, lavorando, producono reddito in Svizzera.

Se in passato la Confessione protestante e quella cattolica si sono sempre “federalmente divise” e – forti anche della libertà religiosa garantita dall'ordinamento che rimane comunque laico, non hanno avuto problemi “di concorrenza” con altri culti – hanno potuto affermare e far prevalere la cultura e l'etica delle quali sono portatrici, oggi non è più così.

Se in passato l'unica convivenza – e potenziale concorrenza – radicata nel territorio con la quale dovevano fare i conti era quella rappresentata dalla Comunità ebraica, ristretta ed elitaria e quindi meno “competitiva”⁷⁴, oggi si fanno avanti correnti religiose diverse da quelle tradizionali e soprattutto l'Islam che, come ovun-

⁷⁴ La Comunità ebraica è profondamente radicata nelle grandi città. Si pensi che solo a Zurigo e a Ginevra si stima che gli aderenti a tale confessione costituiscano il 42 per cento della popolazione. La maggior parte degli appartenenti alla Comunità ebraica sono comunque naturalizzati svizzeri e il 42,8 per cento degli ebrei dichiara di essere nato all'estero, mentre il 21,2 per cento possiede ancora una nazionalità straniera. La popolazione ebraica si caratterizza inoltre per l'elevato numero di persone impiegate nel settore terziario (42,7% contro il 19,2% dell'insieme della popolazione) e per la forte propensione verso le professioni liberali, intellettuali e di quadro superiore. Ufficio federale di statistica, *Censimento federale*, cit.

que in Europa, rappresenta una realtà di massa anche organizzativa con la quale misurarsi. Inoltre riscontriamo la presenza in Svizzera d'immigrazioni "di nicchia" come quelle provenienti da alcuni Paesi orientali che qui hanno trovato una particolare ospitalità e che oggi rivendicano luoghi di culto.

Tutti questi nuovi gruppi sociali e religiosi sono portatori di nuove esigenze culturali ed etiche, che emergono in tutta evidenza nelle fasi critiche della vita quali la nascita, la malattia e la morte. Ciò non fa che aumentare le difficoltà nel varare una legge sull'eutanasia che concili le esigenze più diverse e spinga la società e le istituzioni del paese a domandarsi se una legge organica sia necessaria o se piuttosto l'ordinamento non abbia già risposto a questa esigenza con altri strumenti.

Abbiamo già visto che sotto il profilo penale i possibili comportamenti di tutti i soggetti coinvolti nei procedimenti eutanasi sono stati ben individuati e normati, al punto che sia l'eutanasia attiva che l'aiuto al suicidio sono ritenuti non punibili a determinate condizioni. Il legislatore svizzero ha seguito a riguardo la stessa strada di molti altri ordinamenti. Il criterio adottato è sufficientemente elastico per comprendere le specificità che caratterizzano l'evento eutanasi, fortemente condizionato dal crescere e dallo svilupparsi di forme invalidanti dovute al progredire del male, rese drammatiche dall'inefficacia risolutiva della cura. Si potrebbe dubitare della capacità dell'ordinamento di effettuare una valutazione certa di situazioni sempre nuove, ma invece, per fare ciò, l'ordinamento svizzero possiede, come abbiamo visto, gli strumenti messi a disposizione dalla continua attività normativa dell'ASSM, la quale può vantare un possesso di conoscenze continuamente commisurate ai progressi in campo medico e scientifico. Lo strumento adottato può sembrare a prima vista completamente al di fuori di quelle garanzie che una legge può offrire. Ma, a ben guardare, l'ordinamento, così operando, non fa che rendere più esplicito quel ricorso ai periti frequente per i giudici quando si trovano di fronte al prevalere delle conoscenze mediche nella valutazione del caso concreto, al punto da recepire il loro parere determinante. Solo che in questo caso, invece che essere consulenti del giudice, i medici e le loro associazioni sono un prezioso ausilio del legislatore ed emanano norme dal valore di leggi suppletive.

Dal punto di vista concettuale l'ordinamento svizzero non è sfuggito all'obbligo di definire gli effetti del procedimento eutanasi, in relazione alla nozione giuridica di morte. A riprova di ciò stanno, come abbiamo visto, le norme del diritto assicurativo che stabiliscono in modo chiaro i criteri in base ai quali una morte per eutanasia può essere equiparata negli effetti alla morte naturale. In questa scelta la Svizzera non si discosta dalla posizione dell'ordinamento belga, che ha definito tale questione nell'ambito della legge sull'eutanasia invece che in una norma di settore relativa al diritto delle assicurazioni⁷⁵.

L'ordinamento elvetico ha prestato grande attenzione ai problemi relativi alla individuazione della vera ed effettiva volontà del malato: la possibilità di ricorso al *living will*, l'esistenza e il concreto operare di differenti figure di procuratori con compiti estremamente specializzati – come non avviene in nessun altro paese – dove la concertazione tra queste varie figure è garanzia massima del rispetto della volontà del delegante, costituiscono un grande contributo del diritto tutorio all'effettivo dispiegarsi di atti di disponibilità che riguardano il proprio corpo.

Né la persona è stata lasciata sola nell'affrontare il problema delle cure mediche e nel rapporto con la sofferenza e la morte, prova ne sia che, vincendo perplessità e resistenze in materia di spesa sanitaria e di utilizzo al meglio delle risorse disponibili, raccogliendo le energie pubbliche e private, si sono potenziate anche in Svizzera le cure palliative. Ulteriori iniziative a riguardo si annunciano, anche per una migliore utilizzazione della LAMal, la quale subisce un costante e progressivo aggiornamento, laddove le modifiche introdotte possono consentire un migliore e più equilibrato uso delle risorse destinate alla sanità che tenga conto della particolare struttura federale del paese e della peculiare distribuzione dei poteri di

⁷⁵ G. CIMBALO, *Eutanasia, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione di Danimarca, Olanda e Belgio*, cit., p. 154 e ss., in part. p. 166.

spesa e gestione delle risorse tra le diverse istituzioni che operano sul territorio⁷⁶.

Il legislatore svizzero non poteva e non vuole evitare di misurarsi con i problemi posti dalla crescente ospedalizzazione della morte né con la presenza di una numerosa popolazione anziana e quindi più soggetta alle malattie di fine vita, ospitata in istituti di lunga degenza o in ospizi e case di riposo gestiti da soggetti sia pubblici che privati. Da qui la necessità di prendere atto che quell'aiuto, che in altri ordinamenti viene assicurato al malato o a colui che lo richiede, di ricorrere al procedimento eutanasi attraverso l'utilizzo della legge sull'eutanasia, vista la natura personalistica dell'ordinamento svizzero, viene reso possibile attraverso l'attività di associazioni nate dall'iniziativa dei privati.

⁷⁶ Le tematiche appena sottolineate testimoniano dell'alto livello di elaborazione in Svizzera sui problemi sollevati dal ricorso a pratiche eutanasiche. Appare evidente, malgrado gli sforzi di numerosi Autori, come il dibattito in Italia sia a riguardo al quanto arretrato. Segnaliamo comunque, per l'impegno profuso nell'approfondimento di queste tematiche: V. POCAR, P. CATTORINI, E. D'ORAZIO (a cura di), *Bioetiche in dialogo*, Zadig, Milano, 1999, per la prima volta in Italia laici e cattolici si confrontano e si ascoltano sui temi controversi del dibattito bioetica. Nonché, più recentemente il numero monografico della rivista «Bioetica» dal titolo *Eutanasia: una prospettiva matura*, in «Bioetica», 2, 2003, che raccoglie gli atti di un Convegno svoltosi a Roma, con relazioni di: M. MORI, *Eutanasia: una prospettiva matura*; C.A. VIANO, *Ragioni e modi dell'eutanasia*; S. RODOTÀ, *Dai diritti sociali ai diritti dell'individuo*; F. RAMACCI, *La situazione giuridica: esperienze straniere e prospettive italiane*; U. VERONESI, *Eutanasia ed etica del medico*; M. BOLOGNESI, *Puntiamo sulla qualità della vita più che sul tema della morte*; A. TOMASSINI, *L'eutanasia va vietata perché la vita ci è data in usufrutto e la sofferenza è insita nella storia dell'uomo*; F. CHIAROMONTE, *Eutanasia: costruire un dibattito pubblico più consapevole e puntare sulla depenalizzazione oltre che sulle incertezze legislative*; P. ROSSI, *Eutanasia: è urgente colmare lo scontro tra il dibattito culturale e il dibattito politico*; G. FARNARI, *La proposta di Libera Uscita circa l'eutanasia volontaria*; S. VIALE, *L'esperienza e la proposta di Exit Italia in materia di eutanasia*; M. FILIPPI, *Eutanasia: un'analisi dei titoli riportati nell'Index to Legal Periodicals*. Un ulteriore contributo è costituito da un lavoro collettivo a cura di S. SEMPLICI (a cura di), *Il diritto di morire bene*, Il Mulino, Bologna, 2002, in relazione al quale segnaliamo il saggio di S. RODOTÀ, *Il paradosso dell'eguaglianza davanti alla morte*, pp. 39-45; quello di Vito Aldo Peduto e quelli di Sergio Ristagno e Francesco Castro sulla posizione dei protestanti e degli islamici rispettivamente. Il dibattito è stato inoltre ripreso da L. MANCONI, R. DAMENO, *Dignità nel morire*, Angelo Guerini e Associati, Milano, 2003. Sul rapporto tra bioetica e scelte morali e sulle nuove frontiere dell'etica, segnaliamo: E. LECALDANO, *Bioetica. Le scelte morali*, Laterza, Roma-Bari, 2005; ID., *Un'Etica senza Dio*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

In un ambito federalista niente è più naturale del ricorso alla sussidiarietà, che non è solo quella verticale, ma anche quella orizzontale, utilizzando ciò che le persone tra loro, liberamente associate, possono fare senza l'intervento dello Stato. Fino a quando questa attività resta nell'ambito strettamente privato lo Stato limita al minimo il suo intervento, ovvero si accerta della non violazione della legge penale. Qualche problema sorge quando l'attività svolta dai privati riguarda i diritti fondamentali e allora l'ordinamento ha bisogno di garanzie minime che possono venire da un'asseverazione di tali organizzazioni, valutando la rispondenza delle loro caratteristiche rispetto a parametri fissati per legge. Ciò è necessario quando queste operano all'interno di strutture pubbliche e si pongono in relazione con esse nella gestione del malato. È forse questo l'ultimo tassello della peculiare regolamentazione del procedimento eutanasi in Svizzera.

La ricostruzione della normativa vigente in Svizzera e una sua lettura organica ci dicono che l'ordinamento risolve con strumenti differenti, rispetto a quelli di altri, gli stessi problemi di quei paesi dove l'eutanasia è stata regolamentata per legge mediante un apposito provvedimento legislativo. L'ordinamento elvetico affronta il problema del rapporto tra eutanasia e legge penale, procedimentalizza a suo modo le attività eutanasiche, valorizza le cure palliative, cerca di tutelare in modo radicale e scrupoloso la volontà del malato.

Il risultato di questa operazione è una normazione del fenomeno eutanasi, attuata con strumenti forse inconsueti e non tradizionali, ma certo puntuale ed efficace. Un tale modo di intervenire ben risponde alla cultura dominante nella società svizzera, caratterizzata da un grande pragmatismo, dall'esaltazione della tutela della volontà dell'individuo, dalla condivisione del principio personalistico assunto a elemento caratterizzante dell'operare dell'intera società.

Chi si è opposto e continua ad opporsi – come la Chiesa cattolica – all'adozione di una legge sull'eutanasia in Svizzera dovrebbe riflettere sul fatto che difficilmente una legge potrebbe essere più permissiva dell'ordinamento attuale. Perciò viene da chiedersi se non sarebbe il caso prendere atto che l'uso tradizionale dello strumento legislativo consente in realtà un maggiore controllo del fenomeno e un ridimensionamento dei suoi effetti più negativi, anche se può ap-

parire un cedimento sul piano dei principi. Il diritto è anche e comunque uno strumento attraverso il quale mediare tra interessi differenti e l'intransigenza sul piano dei principi; cedere sui principi è impossibile per una Confessione religiosa quando vengono intaccati valori fondamentali, ma forse, anche in questo caso, si potrebbe ricorrere ad una strategia di riduzione del danno per evitarne uno maggiore.

Ciò che non appare accettabile è di lasciarsi ingannare dalla risposta che di recente il Parlamento Federale ha dato alla domanda se la Confederazione deve legiferare sull'eutanasia⁷⁷. La risposta ha potuto essere negativa proprio perchè, sulla base del quadro normativo che abbiamo ricostruito, oggi la Confederazione ha regolato i diversi aspetti del fenomeno, con una tecnica normativa che caratterizza ormai il *modus operandi* di numerosi paesi, da ultimo la Francia⁷⁸, ma ciò non significa affatto che l'eutanasia non sia stata puntigliosamente regolamentata in Svizzera, consentendone l'accesso a determinate condizioni e a patto di utilizzare procedure certe e definite.

Questa scelta risponde alla prevalente opinione nella Confederazione che i comitati debbano riunire competenze soprattutto in campo medico e paramedico, in modo da consentire ai membri di mettere le loro conoscenze al servizio di coloro che si rivolgono ad essi e, in ultima analisi, essere al servizio del malato e del suo *entourage* di familiari, parenti amici.

Nell'ottica di una Confessione come quella cattolica una presenza rilevante e istituzionale nei comitati etici è invece essenziale se si vuole continuare a contrastare l'approvazione di una legge che in qualche modo consenta, in casi sia pure limitati e ben individuati,

⁷⁷ H. Mock, *Euthanasie et suicide assisté en Suisse. Etat des lieux et perspectives*, in «Revue trimestrielle des droits de l'Homme (Bruxelles)», 57, janvier 2004, pp. 51-60.

⁷⁸ Recentemente anche il legislatore francese si è cimentato nel predisporre interventi legislativi e amministrativi in materia di eutanasia. Si tratta di un intervento al momento molto prudente che ha come obiettivo quello di evitare soprattutto l'accanimento terapeutico. Al riguardo cfr.: Loi n. 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, in «Journal Officiel de la République Française», 95, 23 avril 2005, p. 7089 e ss.

la liceità del ricorso all'eutanasia. La presenza nei comitati consenzienti il controllo e la vigilanza sul territorio, permette di impedire che alcuni casi divengano particolarmente eclatanti, segnalando il disagio individuale e sociale derivante da malattie invalidanti o dal decorso particolarmente doloroso di esse. Occorre ricordare che in un sistema come quello svizzero il contrasto alle pratiche eutanasiche sarebbe efficacemente praticato se fosse portato in tutte le strutture che a livello del territorio decidono sul singolo caso, cosa praticamente impossibile.

Così proprio nel caso dell'ordinamento svizzero la regolamentazione per legge può essere efficace nel consentire di centralizzare – unificando a livello istituzionale i momenti decisionali – i singoli casi, permettendo in tal modo un vaglio di quelli nei quali in concreto si può acconsentire ad una sospensione delle cure, sì da far emergere con chiarezza l'adozione di procedure eutanasiche. L'affidamento delle decisioni alla totale autonomia del soggetto, l'informalità della regolamentazione, la sua frammentazione a causa delle competenze cantonali in materia, l'uso dell'autodisciplina per regolamentare la materia, la ripetuta utilizzazione di procuratori e il moltiplicarsi specialistico di queste figure, tutte utilizzate per proiettare la volontà del soggetto oltre il possesso della sua piena capacità di intendere e di volere, sono tutte strategie che hanno l'effetto di rendere estremamente problematica la capacità della Chiesa cattolica di incidere sui comportamenti collettivi.

Ecco perché – a nostro avviso – la presenza di una regolamentazione del fenomeno a livello legislativo potrebbe forse, in questo caso, rendere possibile un contenimento del fenomeno eutanastico.

Ciò tuttavia non avviene perché la scelta della Confessione cattolica è quella di una totale condanna delle procedure eutanasiche che è incompatibile, se si vuole mantenere un comportamento coerente con le posizioni morali ed etiche sostenute, con la condivisione di strategie di riduzione del danno.



INDICE DEGLI AUTORI*

ACOCCELLA N., 11	BAGNI S., 33
AEBI M.F., 148, 153	BALDONI E., 26
AIKEN W., 178	BALESTRA L., 133
AKKERMANS W.C., 40	BÄR W., 60, 72, 85
ALBANESE A., 70	BARBICHE J.P., 6
ALKEMA E.A., 40	BARCELLONA P., 25, 27
ALLAM KHALED F., 12	BARILE G., 14
ALLEVI S., 96	BARTH K., 172, 182
ALONSO PEREZ J.I., 26	BASSANI L.M., 16
ALPA G., 18, 70	BAUBÉROT J., 20
ALTINI C., 14	BAUMAN Z., 8
ALVISI C., 15	BAUMANN G., 10
AMATO G., 25	BAUMANN J.A., 109
ANCHISI A., 67	BAUMANN K., 148
ANDREAS A., 38	BAUMGARTEN M.O., 63, 64
ANSALDO A., 96	BAUR S., 14
AQUINO M., 119	BAYLES M.D., 18
ARAMINI M., 156	BEDOUELLE G., 20
ARENA G., 15, 70	BEERNAERT M.A., 116
ARRU A., 9	BENHABIB S., 7
ARTOSI A., 3	BERGER S., 14
AUBERT J.F., 57	BERISTAIN IPIÑA A., 131
AUER A., 39, 150	BERLINGÒ S., 95
AUTENNE J., 16	BERTI F., 7, 113
BACCELLI L., 29	BERTOLINO R., 95

* Sono presenti gli autori delle opere citate nell'apparato delle note.

- BIAVATI P., 18
BLANCH L., 85
BLONDEL J., 147
BOERI R., 120
BOLGIANI I., 49
BOLOGNESI M., 192
BONDOLFI A., 119, 128
BONGIOVANNI G., 3
BONILINI G., 133
BOOD A., 26, 68
BORSELLINO P., 128
BOSSHARD G., 60, 85
BOTTI F., 16, 25, 31, 62, 70, 115,
121, 122, 145, 170
BOUDON R., 10
BOUSSINESQ J., 20
BOUWMAN H., 20
BOYER A., 10
BRANCA P., 15
BRICOLA F., 28
BROECKAERT B., 160
BUNING E.C., 152
CAIA G., 70
CALLARI GALLI M., 10
CALLHAN D., 184
CALÒ E., 119
CALVANO R., 119
CAMMER B.E., 83
CAMPIONE F., 102
CANESTRARI S., 5, 28, 113, 120,
121, 122, 145, 169, 181
CANIGLIA E., 3, 10
CANOVACCI L., 128
CARDIA C., 17
CARETTI P., 90
CARPI F., 18
CASADO M., 29
CASSANI U., 170
CASSEL C.K., 170
CASSEN B., 14
CASSESE A., 30
CASSESE S., 24, 25, 90
CASTRO F., 192
CATTORINI P., 192
CAUSARANO R., 128
CECCANTI S., 37, 38, 42, 66, 112
CECIONI R., 128
CENDON P., 121, 133
CERULLI IRELLI V., 6
CESARI J., 10
CHERIF C., 68
CHESSA O., 90
CHIAROMONTE F., 192
CHIEFFI L., 104
CHIZZINI A., 133
CHOMSHY N., 14
CIMBALO G., 7, 16, 22, 23, 26, 28, 31,
69, 108, 114, 115, 120, 121, 122,
145, 146, 160, 169, 170, 181, 191
CLAPHAM A., 30
CLARCH M., 24
CLARK I., 12
CLEMENT T., 93
COCOZZA V., 27
COHEN S.L., 85
COHEN-ALMAGOR R., 69, 186
COLAIANNI N., 21, 27
CONTI A., 115
CORNACCHIA L., 75
CORPACI A., 70
CORSARI M., 14
COSTA J.P., 20
COSTA M., 18
COTTURRI G., 90
COULTER D.L., 179
CRISCI N., 133
CRIVELLI, L., 48, 49, 50, 51
CURRAN C., 172

- CUTLER D., 49
 D'AGNOLO G., 24
 D'AGOSTINO F., 156, 173
 D'AMBROSIO P., 121
 D'AVACK L., 140
 D'ORAZIO E., 192
 DAALDER H., 7, 22
 DAERDEN M., 18
 DAHL R.A., 7
 DAL LAGO A., 9
 DALLA TORRE G., 156, 173
 DAMENO R., 122, 128, 192
 DAVID R., 21
 DE ANGELIS D., 152
 DE BONDT W., 116
 DE FARIA COSTA J., 56, 129
 DE HERRDT T., 10
 DE MARCO E., 15, 27
 DE OTO A., 169
 DE VITA R., 7, 113
 DEFANTI C.A., 128
 DELPÉRÉE F., 6, 16
 DENTE G.M., 117
 DENTI D., 17
 DEPUIS M., 116
 DERBÉNE M., 25
 DESCHENAUX J.M., 68
 DESOS G., 20
 DIAMANTI I., 10
 DIANI M., 29
 DIENI E., 7
 DISCH S., 64
 DOCET H., 179
 DOFOUR D.R., 13, 14
 DONATSCH A., 63
 DORE R., 14
 DOUAI F., 20
 DOUCET H., 124, 125, 132, 169, 171, 177
 DOWNIE J., 186
 DRUCKER E., 152
 DUMAZY W., 18
 DUPUIS H.M., 115
 DURET P., 70
 DYCK R.J., 186
 EHMER J., 9
 ELAZAR D.J., 16
 ENGELHARDT T.H., 174
 ENGLISH R., 22
 ENGLISH V., 128
 ENTZINGER H., 11
 ERTELT S., 141
 ESER A., 66
 EYCHMÜLLER S., 164
 FACCHI A., 3, 17
 FAISSTA K., 85
 FALCUCCI G., 15
 FARALLI C., 3
 FARRO A.L., 7
 FAVRE A., 57
 FERRAJOLI L., 30
 FERRANDO G., 140
 FERRANT G., 8
 FERRARA A., 3, 8
 FERRARESE M.R., 1, 25
 FERRARI M., 17
 FERRARI S., 17, 21, 34
 FERRAROTTI F., 7
 FIANDACA G., 28, 35, 69, 114
 FILIPPI M., 192
 FILIPPINI M., 48, 49, 50, 51
 FINOCCHI R., 26
 FISCHER S., 72, 85
 FLETCHER J., 176
 FLOREA A., 26
 FOFFANI L., 28
 FOPPA C., 59
 FORNARI G., 192

- FORNASARI G., 120
FORTUYN P., 10
FRANCO D., 48, 49
FRASER G., 174
FRAVOLINI G., 115
FRAZER E., 7
FREEDMAN B., 174
FRENI F., 30, 167
FRIEDMAN D., 14
FRIEDMAN M., 14
FRIEDMAN R., 14
FROSINI J.O., 33
FROVA S., 25
GADRI A., 68
GALGANO F., 1, 8, 15, 25, 121
GALLI S.B., 9
GALLUCCI M., 128
GALSTON W.A., 30
GAMBERINI A., 113
GASSMANN J-L., 150
GENRE E., 21
GENTILONI F., 22
GEROTTO S., 150
GHEZZI G., 28
GIAMMARINARO M.G., 128
GIOVANNI PAOLO II, 156, 157, 161, 162, 163, 164, 166
GIUNTA F., 75
GOROVITZ S., 174
GRECO N., 7, 22
GREGORY D., 186
GRIFFITHS J., 26, 68, 128, 130
GRISEL E.J., 150
GROLLET P., 17
GROPPI T., 9, 16
GROSSI P., 1, 3, 4, 25, 79
GRUNITZKY C., 7
GUADAGNI M., 17
GUSTAFSON J.N., 172
GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ F.J., 33
GUTZWILLER F., 85
HABERMAS J., 8, 14, 29
HAEMMERLI U.P., 64
HANGARTNER Y., 63
HÄNNI C., 93
HÉRAUD G., 33
HERRERA P., 131
HICKMAN M., 152
HÖFFE O., 32, 62, 122
HOFFMASTER B., 174
HOLDEREGGER A., 63
HOTTELIER M., 38, 39, 150
HOTTINGER J., 147
HUMBOLDT VON G., 14
HURST S.A., 60
HUYSEUNE M., 10
IAMICELI P., 120
IAPICHINO L., 119, 122
IBÀN I. C., 17, 34
INSOLERA G., 113
IRTI N., 1
JACOBS A., 116
JANSSENS R., 160
JAUFFRET SPINOSI C., 21
JÖRG L., 28
KAMISAR Y., 176
KAYE M., 170
KEOWN J., 186
KEPEL J., 22
KEYSERLINGK E.W., 178
KIAN THIÉBAUT A., 7
KILLIAS M., 148, 153, 154
KLIJN A., 128
KNAPP B., 150
KNIPPING C., 164
KOCHK H.G., 66, 128
KRAL M.J., 186
KRAUSS C., 19

- KREIS G., 70
KRIESI H., 147
KÜBLER-ROSS E., 124, 169
KUTTY F., 19
LANG M., 164
LARMORE C., 8
LECALDANO E., 119, 192
LEENAARS A.A., 186
LEMAIRE F., 85
LEOD Mc W.H., 17
LETTILLIER P., 119
LEUBA A., 93
LEVEAU R., 22
LIBORI B. M., 129
LIJPHART A., 6, 22, 145
LINDER W., 147
LIVINI U., 10
LLAMAZARES FERNANDEZ D., 13, 21, 34
LOGOZ P., 63
LOMBARDI G., 120
LONGNEAUX J.M., 116
LONNI A., 9
LOOCKWOOD M., 179
LOWY F.H., 169
LUCE J.M., 84
LÜDERSSEN K., 28
LUHMANN N., 115
LUNATI D., 50
LUTHER J., 29
LUZE (De) E., 41
MACELLARI G., 119
MACLEOD J., 152
MAFFETTONE S., 8
MAGUIRE D.C., 172
MALINVERNI G., 38, 39, 150
MANCONI L., 122, 152, 192
MANFREDI G., 27
MANTOVANI F., 75
MAPPES T.A., 174
MARET M., 163
MARGIOTTA BROGLIO F., 17, 21, 23, 34
MARITAIN J., 46
MARTENET V., 147
MARTINIELLO M., 11
MARZUOLI C., 15, 25, 70
MASSARETTI A., 14
MASSET A., 116
MASSION J., 116
MASTROPAOLO A., 14
MATTHEWS A., 152
MAUER B., 124
MAURON A., 60
MAZZA M., 18
MAZZACUVA N., 28, 113
MAZZOCATO C., 164
MC CORMICK R.A., 182
MEDINA GUERRIERO M., 33
MEIER D.E., 83, 170
MELCHIONDA A., 28, 32
MELUCCI A., 29
MEMETEAU G., 125
MEMMO D., 15
MENESINI V., 113
MENZEL P.T., 179
MESSNER F., 20, 34
MEULDERS-KLEIN M.Th., 125
MEULENBERGS T., 116
MEZZADRA S., 14, 29
MILONE L., 119
MINELLI L., 63
MIRABELLI C., 17, 21, 23, 34
MOCK H., 194
MONTERO É., 156
MORI M., 119, 192
MORRONE A., 6
MOSCA I., 48, 49

- MOUNIER E., 46
MÜLLER J.P., 65
MULVIHILL M., 83
MUNSON R., 174
MURA P., 10
MUSSELLI L., 94
NAPOLITANO G., 24
NASI L., 7
NASO P., 22
NAVA N., 47
NEWCOMBE R., 152
NIGGLI M.A., 59, 127
NORDT C., 152
NUMA M., 61
NYS H., 116
O'HARE P.A., 152
OKIN S.M., 7
OMARI N., 19
ONGARO BASAGLIA F., 27
ONIDA F., 17, 21, 23, 34
ORACE D., 25
ORSI BATTAGLINI A., 27
ORSI L., 128
OSSHARD G., 72
OSTERHAMMEL J., 2
OTLOWSKI M., 120, 186
PACILLO V., 94, 95
PADOA-SCHIOPPA A., 79
PAGNI A., 128
PALAZZO F., 28
PALAZZONI L., 128
PANAFIT L., 23
PAOLO VI, 156
PAPA M., 28
PAPADOPULOS Y., 147
PAPPALARDO A., 6, 22, 145
PAPPALARDO G., 28, 120, 121, 122, 169, 181
PAREJO GUZMÁN M.J., 131
PAREYSON L., 47
PARIOTTI E., 3
PATTARO E., 33
PEDRAZZI C., 28
PEDRAZZINI A., 54, 59
PEDRONI G., 49
PEDUTO V. A., 192
PEGORARO L., 33
PEINADO GRACIA J.I., 33
PERETTI GRIVA D.R., 96
PEREZ CALVO A., 7, 9
PERILLO A., 14
PEROCCO F., 17
PERRENOUD N., 68
PETERSSON N.P., 2
PETRILLO A., 29
PIJNENBORG L., 114
PINELLI C., 6
PIO XII, 156, 157, 158, 161, 162, 182
PIZZORUSSO A., 6, 27, 94
PLETSCHER A., 70
POCAR V., 115, 192
POITRY A.-V., 147, 148
POMERANCE J.J., 179
PORCHET F., 68, 164
PORRAS NADALES A.J., 33
PRELOT P. H., 20, 34
QUELOZ N., 53, 57, 63, 64
RAMACCI F., 192
RAMADAN T., 20, 23
RAMELLA F.A., 9
RAMSEY P., 172
RAWLS J., 8
RAYMUNDIE O., 25
REALE L., 120
REHBERG J., 59
RENARD D., 68
RENARD M., 10

- REPOSO A., 9, 37, 38, 40
RESCIGNO P., 119
RESCIGNO U., 6, 15
RIBEAUD D., 148, 153
RICCI ASCOLI A., 26, 69, 114
RICOSSA S., 14
RIGAMONTI G., 8
RISTAGNO S., 192
RIVIER E., 68
RODI M.T., 121
RODOTÀ S., 27, 192
ROGERS L., 141
ROMANO S., 29
ROSSI A., 26
ROSSI P., 192
ROSTAGNO S., 21
ROUILLER C., 95
ROZO ACUÑA E., 15
RUFINO A., 3
RUTTEN S., 22
RYAN C.J., 170
SACCHETTO C., 18
SAID E.W., 14
SAKINOFSKY I., 186
SANTINI U., 8
SANTOS-EGGIMANN B., 68
SANTOSUOSSO A., 120
SARDA F., 57
SARTORI G., 30
SAWYER D.M., 169
SCACCIA G., 90
SCARSELLI G.F., 26
SCHIFRIN B.S., 179
SCHIMD N., 58, 59, 127, 127
SCHMIDT A., 39
SCHMITT N., 150
SCHOLTE J.A., 2
SCHOTSMANS P., 116
SCHUBARTH M., 57, 58, 59, 127
SCHWARZENEGGER C., 59, 64, 127
SCIALOJA M., 15
SCORTEGAGNA R., 26
SECKLER A.B., 83
SEDLER R. A., 176
SEMPlici S., 119, 121, 192
SEMPRINI A., 7
SENELLE R., 16
SERRANO GOMEZ A., 131
SERRANO MAILLO A., 131
SESTA M., 133
SGUBBI F., 1, 28, 35, 113, 154
SHANNON A., 178, 180
SINGER P., 180
SLOTERDIJK P., 2
SMOOK AYCKE O.A., 128
SOBEL J., 62, 186
SOBEL J., 66
SOBEL R., 186
SONNINO E., 11
SPADARO A., 29
SPREAFICO A., 3, 10
SPRUMONT D., 85
SPRUNG C., 85
STEFFEN G., 128
STEINMANN M., 58, 127
STEPHENSON E., 83
STIEFEL F., 164
STIGLITZ J.E., 67
STOHLER R., 152
STORTONI L., 75, 113, 181
STRANGE S., 1
STRATENWERTH G., 57, 58
STROSS G., 66
STUCK A., 90
SUCHECKI Z., 96
TAGLIARINI F., 113
TAINO D., 11
TALLARITA R., 119

- TARANTINO A., 5
TARODO SORIA S., 130, 131
TASSINARI D., 120, 121, 131
TAUPITZ J., 186
TAYLOR C., 3, 177
TAYLOR R., 8, 29
TELHINE M., 10
TEMPLETON S.K., 141
TEUBNER G., 2, 3, 4, 29, 33
THUILLIER P., 125
TIE W., 17
TIEDEMANN K., 28
TOGNETTI BORDOGNA M., 14
TOMASSINI A., 192
TONIATO F.S., 120
TORCHIA L., 9, 14
TORFS R., 23
TOSOLINI A., 12
TOURN G., 21
TOZZI V., 5
TRECHSEL S., 57, 58, 127
TRIPODINA C., 110
TRITTEN C., 93
TSCHOPP-HAFENBRACK A., 164
ULRICH E., 60
VALIENTE LANUZA T., 131
VALLENDER D., 106, 107, 108
VAN DELDEN J.J.M., 114
VAN DER MAAS P.J., 114
VAN RHIJN, J., 19
VANDELLI L., 9, 16
VANONI L.P., 120
VARANO V., 94
VECA S., 8
VEDASCHI A., 33
VEITER T., 33
VENTURA M., 5, 24, 30, 104, 111, 113, 167
VERONESI U., 129, 192
VESTERGAARD J., 128
VIALE S., 192
VIANO C.A., 192
VIDA S., 3
VIGNA C., 7
VIGNUDELLI A., 29
VINCIGUERRA S., 69, 114, 119
VITALE E., 29
VITELLI A., 119
VIVIANI SCHLEIN M.P., 37, 38
WACHTER R.M., 84
WALTER J.J., 178, 180, 182
WASSERFALLEN J.B., 97
WAZNER S. H., 170
WEIBEL E., 148
WEIL P., 10
WEILER J.H.H., 30
WEISSAUER W., 83
WENCKSTERN S., 186
WETTSTEIN R.H., 58, 127
WEYERS H., 26, 68
WIEVIORKA M., 7
WIHTOL DE WENDEN C., 11, 12
WILLIAMS A., 179
WILLIAMS J.R., 169
WIPRÄCHTIGER H., 59, 127
WOEHLING J.M., 20, 34
WÜEST-SOKOLNICKA A., 41
WYSS (VON) M., 68, 164
ZAGREBELSKY G., 28, 29, 30, 33
ZAMAGNI S., 7
ZAMBATI J.S., 174
ZANARDI A., 48, 49
ZATTI P., 70
ZELLWEGER U., 85
ZIMMERMANN A.M., 63
ZLATIEV-SCOCARD N., 164
ZOLO D., 25, 29
ZWEIFEL P., 49

SOMMARIO

Introduzione di Marco Ventura

VII

CAPITOLO I

ATTIVITÀ NORMATIVA DELLO STATO E AUTODISCIPLINA NELLE SOCIETÀ MULTICULTURALI

1. Crisi delle fonti di produzione normativa nelle società multiculturali. . . .	1
2. Capacità dei gruppi culturali, religiosi, linguistici di produrre norme (Pluralismo normativo)	13
3. Società plurali e pluralismo giuridico	18
4. Regole sociali, diritto non scritto, diritto penale	24
5. Diritti particolari e procedimentalizzazione	31

CAPITOLO II

L'EUTANASIA IN SVIZZERA TRA PLURALISMO IDEOLOGICO E AUTODISCIPLINA DEI VALORI

1. La protezione costituzionale del diritto della persona alla vita e alla dignità.	37
2. Le norme cantionali su eutanasia e cure palliative	47
3. Eutanasia e assistenza al suicidio nel diritto penale svizzero	55
4. Eutanasia e cittadinanza: il diritto ad una morte dignitosa come diritto della persona.	66
5. I limiti all'attività normativa dello Stato: il ruolo dell'Accademia Sviz- zera delle Scienze Mediche (ASSM). Il Codice deontologico della Fede- razione Medica Elvetica (FMH) e la legislazione cantonale	70

CAPITOLO III

AUTODISCIPLINA E MODALITÀ DI FINE VITA

1. Le direttive della ASSM come leggi suppletive.	79
2. Direttive differenziate come strumento di intervento sulle patologie di fine vita.	85
3. La Raccomandazione della ASSM in materia di richiesta di suicidio . . .	96
4. La "procedimentalizzazione deontologica" come garanzia di trasparen- za e di rispetto della volontà della persona	105

5. Eutanasia come parte del trattamento terapeutico di fine vita e protezione giuridica del suicidio nei sistemi personalistici	112
---	-----

CAPITOLO IV

IL TESTAMENTO DI FINE VITA E LA FIGURA DEL PROCURATORE TERAPEUTICO NEL DIRITTO ELVETICO

1. Il diritto ad una morte dignitosa	119
2. Il <i>living will</i> nel diritto elvetico	123
3. Direttive anticipate e rappresentanza	128
4. Trasformazione dell'istituto della rappresentanza nell'avamprogetto del nuovo Codice civile svizzero (Nccs)	134
5. Le diverse forme di curatela nel nuovo Codice civile svizzero (Nccs) . .	142

CAPITOLO V

L'EUTANASIA COME PROBLEMA SOCIALE, CULTURALE, RELIGIOSO ED ETICO NELLA SOCIETÀ SVIZZERA

1. L'ordinamento elvetico di fronte alle questioni bioetiche: un approccio personalistico	147
2. La posizione della Chiesa cattolica sulla "regolamentazione" dell'eutanasia in Svizzera	155
3. L'evoluzione delle posizioni dell'Église Evangélique de la Suisse Romande: dalla sacralità della vita alla qualità e disponibilità del bene vita	167
4. Il contributo della teologia protestante al dibattito sull'eutanasia	181
5. Le religioni di recente radicamento in Svizzera e i problemi di fine della vita: composizione multietnica dei residenti in Svizzera	188

Indice degli autori	197
-------------------------------	-----

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. COLI U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. DONATELLI I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. VALENZA P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. ZINGALI G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. TUMEDEI C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. ALBERTONI A., *L'Apokeryxis*, 1923.
7. SALVI F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. MILANI F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. FASSÒ G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. FERRI L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. ROSSI G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. POGGESCHI R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. MATTEUCCI N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. FORCHIELLI P., *I contratti reali*, 1952.
15. SALVI F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. FASSÒ G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. PALAZZINI FINETTI L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustiniano*, 1953.
18. ROSSI G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. FERRI L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. TORELLI P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. SANTINI G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. GIANNITI F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. GHEZZI G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. NARDI E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. FERRI L., *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. GHEZZI G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. BONSIGNORI A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. GUALANDI A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. BONSIGNORI A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. MANCINI G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. NARDI E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. ROMAGNOLI U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. SANTINI G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. RUDAN M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. BONINI R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. COLLIVA P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. MENGOLZI P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu, Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. SACCCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. GHEZZI G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. ROVERSI MONACO F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. GIANNITI F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.
47. MENGOLZI P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.

48. ROMAGNOLI U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. MONTUSCHI L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. BONINI R., *Ricerche di diritto giustiniano*, 1968.
53. SANTINI G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. LO CASTRO G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. ROVERSI MONACO F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. GIANNITI F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. DE VERGOTTINI G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. MENGGOZI P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. CARINCI F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. OSTI G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. ZUELLI F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. PERGOLESI F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. MONTUSCHI L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. PATTARO E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. PINI G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. CARPI F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. DE VERGOTTINI G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. PAOLUCCI L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. DE GENNARO A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. GIANNITI F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. BONVICINI D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. DE VERGOTTINI G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. LAMBERTINI R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. DALLA D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. DI PIETRO A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. MAZZACUVA N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. ROMANELLI G., *Profilo del noleggito*, 1979.
80. BORGHESE D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. DALLA TORRE G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. CARPI F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. ALLEVA P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. PULIATTI S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. FASSÒ G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. SGUBBI F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. LAMBERTINI R., *Plagium*, 1980.
88. DALLA D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. VANDELLI L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. NARDI E., *L'oltre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. PELLICANÒ A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. GIARDINI D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. BORTOLOTTI D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. ROFFI R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. ALESSI R., *Scritti minori*, 1981.
96. BASSANELLI SOMMARIVA G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, 1983.
97. ZANOTTI A., *Cultura giuridica del Seicento e jus publicum ecclesiasticum nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. ILLUMINATI G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. TONIATTI R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. NARDI E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.
101. DALLA D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.

103. *Studi in onore di Tito Carnacini. I. Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. CAIA G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. BARATTI G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. BORTOLOTTI D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. PULIATTI S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. LAMBERTINI R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. ZANOTTI M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. RUFFOLO U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. BIAGI M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. MALAGÙ L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. RICCI G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. ZANOTTI A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. SELMINI R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. DALLA D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. ZUNARELLI S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. ZOLI C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. CAVINA M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. CALIFANO L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. SARTI N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. SCARPONI S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. BERNARDINI M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. LA TORRE M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenza - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. GARCIA DE ENTERRIA J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. BIAGI GUERINI R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. MAGAGNI M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. PETRONI L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. ZANOTTI A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. SARTOR G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. ROSSI L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. LUCHETTI G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. SARTI N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. GUSTAPANE A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. BOTTARI C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. VANDELLI L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. GASPARRI P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. CAPUZZO E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. BIAVATI P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. FERRARI F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. GUSTAPANE A., SARTOR G., VERARDI C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. ORLANDI R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. CARPANI G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.
150. MUSSO A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. DONINI M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. CALIFANO PLACCI L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.

153. FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. MANZINI P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. TIMOTEO M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. SESTA M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. TULLINI P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. RESCIGNO F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. LUGARESI N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. SARTI N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. COLLIVA P., *Scritti minori*, 1996.
162. DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. GARDINI G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. MANZINI P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. MITTICA M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. LUCHETTI G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. CAMON A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. MANCINI S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. ZANOBETTI PAGNETTI A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Vol. I, Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio. Vol. II, Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. GRAZIOSI A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. BIAVATI P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. ROSSI G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. PELLEGRINI S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. BONI G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. I, Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. II, Diritto dell'Unione europea*, 1998.
180. ROSSI A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. BONGIOVANNI G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. CAPUTO G., *Scritti minori*, 1998.
183. GARRIDO J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. BELLODI ANSALONI A., *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, I, 1998.
185. FRANCIOSI E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. CATTABRIGA C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. MANCINI L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. GUSTAPANE A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. RICCI G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. FASSÒ G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
192. FASSÒ G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

193. SCARCIGLIA R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. BRIGUGLIO F., "Fideiussoribus succurri solet", 1999.
195. MALTONI A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. ROSSI L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. GRAGNOLI E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. BONI G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. LUGARESÌ N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. LALATTA COSTERBOSA M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilhelm von Humboldt*, 2000.
202. SEMERARO P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. VERZA A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. LOLLI A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. BUSETTO M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. CAMPANELLA P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. LASSANDARI A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. BIANCO A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. RAFFI A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. PIERGIGLI V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. CAFARO S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. MASUTTI A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. ZANOTTI A., ORLANDO F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. LUPOI M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni. Vol. I, Policies, metodi, criteri di collegamento. Vol. II, Parallel proceedings*, 2002.
217. LOLLI A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. CURI F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. COTTIGNOLA G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. GARDINI G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. CEVENINI C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. MONDUCCI J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. VILLECCO BETTELLI A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. BRIGHI R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. LUCHETTI G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. CANESTRARI S., FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. MEMMO D., MICONI S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
231. QUERZOLA L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. TAROZZI S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. BOTTI F., *L'eutanasia in Svizzera*.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2010
presso Editografica – Rastignano (BO)