



Luigi Gaudino
**L'irresistibile (?) espansione dei
diritti della persona**

Riassunto: In tema di diritti della persona, in tutti gli ordinamenti dei Paesi occidentali si constata negli ultimi decenni, una tendenza espansiva, frutto di un 'circolo virtuoso': le nuove esigenze di tutela che emergono nella società vengono affrontate dapprima dalle corti le quali, nel dialogo con gli studiosi, individuano soluzioni per via interpretativa; mentre il legislatore giunge successivamente a suggellare tali indirizzi, riordinando le regole così elaborate e assicurando certezza. Negli ultimi anni la realtà italiana mostra un'inversione di tendenza, un abbandono del 'circolo virtuoso': gli interventi del legislatore mirano infatti – in terreni eticamente sensibili, quali la fecondazione assistita o le scelte di fine vita – a restringere gli spazi di autonomia della persona, a smentire gli orientamenti giurisprudenziali e a isolare la nostra dalle realtà dei Paesi a noi storicamente e culturalmente vicini.

Parole chiave: Diritti alla persona, Libertà, Legge

Keywords: Personal rights, Freedom, Law

Contenuto in: Donne, politica e istituzioni: il tempo delle donne

Curatori: Silvana Serafin e Marina Brollo

Editore: Forum

Luogo di pubblicazione: Udine

Anno di pubblicazione: 2013

Collana: Donne e società

ISBN: 978-88-8420-798-2

ISBN: 978-88-8420-798-2 (versione digitale)

Pagine: 205-220

DOI: 10.4424/978-88-8420-798-2-17

Per citare: Luigi Gaudino, «L'irresistibile (?) espansione dei diritti della persona», in Silvana Serafin e Marina Brollo (a cura di), *Donne, politica e istituzioni: il tempo delle donne*, Udine, Forum, 2013, pp. 205-220

Url: <http://217.194.13.218:9012/forumeditrice/percorsi/storia-e-societa/donne-e-societa/donne-politica-e-istituzioni-il-tempo-delle-donne/2019irresistibile-espansione-dei-diritti-della>

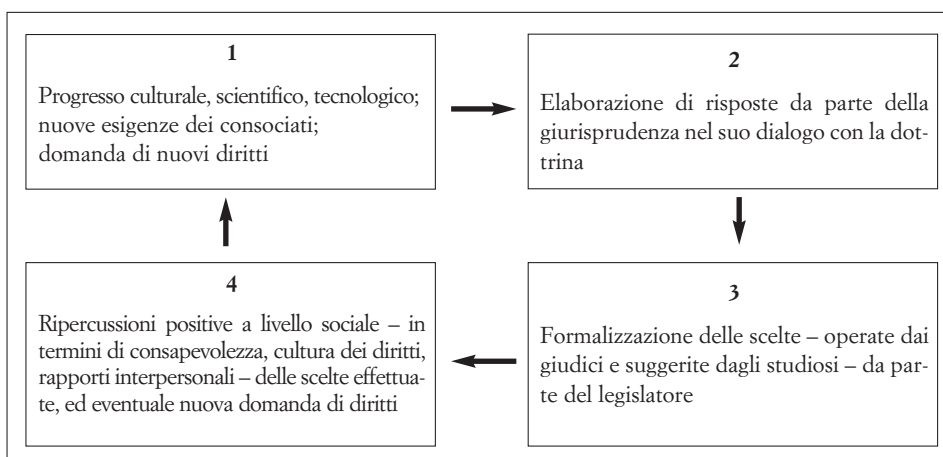
L'IRRESISTIBILE (?) ESPANSIONE DEI DIRITTI DELLA PERSONA

Luigi Gaudino

1. Gli scopi e presupposti di questo intervento

Questo intervento si propone di verificare quali siano le tendenze che caratterizzano l'area dei diritti della persona nell'esperienza italiana degli ultimi anni.

L'indagine muoverà da una constatazione e da alcuni presupposti. La constatazione riguarda il fatto che, negli ultimi decenni – nel nostro come negli altri ordinamenti dei Paesi occidentali –, il territorio dei diritti della persona è stato costantemente caratterizzato da una tendenza espansiva, frutto di un'interazione fra i vari attori sociali che ha assunto la forma di un 'circolo virtuoso', così schematizzabile:



A volte accade che sia l'attenzione di qualche studioso a far emergere nuove esigenze di tutela e che i giudici – investiti successivamente del compito di risolvere qualche caso concreto – facciano tesoro di queste segnalazioni; altre

volte può succedere che siano le corti a imbattersi per prime nella nuova questione e che la soluzione da loro adottata venga poi fatta oggetto di analisi, critica, affinamento da parte della dottrina; altre volte ancora sono gli organismi internazionali – con le loro Carte – a segnare i momenti storici di snodo e a dare impulso al riconoscimento di nuovi diritti. Qualunque sia la sequenza, ciò che conta è che – in materia di diritti della persona – il dialogo fra questi formanti figura sempre risolversi in un aumento della sfera di protezione riconosciuta all'individuo; aumento al quale non manca alla fine il suggello del legislatore. Studiosi, giudici e legislatori mostrano cioè di rispondere alle varie sollecitazioni in maniera tendenzialmente concorde contribuendo, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze, a espandere l'area dei diritti della persona.

Gli esempi sono molteplici. Basti qui ricordare gli itinerari che – nel nostro Paese – hanno condotto all'affermazione del diritto alla riservatezza e di quello all'«identità personale»; e poi il percorso che ha rivoluzionato l'ambito dei rapporti familiari e della condizione femminile – riforma del diritto di famiglia del 1975, introduzione del divorzio, disciplina dell'interruzione di gravidanza –; senza dimenticare quanto accaduto nel settore della salute mentale e della protezione dei soggetti deboli – dalla legge 180 del 1978, sino alla riforma delle misure di protezione delle persone prive di autonomia, che ha introdotto l'istituto dell'amministrazione di sostegno.

Insomma: quelli che vanno dal II dopoguerra alla chiusura del XX secolo sono anni in cui il territorio dei diritti della persona – qui e altrove – è andato senz'altro espandendosi, grazie alla compattezza nell'approccio a questo tema di tutti i protagonisti della vicenda sociale, politica e giuridica.

La stessa definizione positiva ('circolo virtuoso') è ovviamente legata ad alcuni presupposti che faranno da guida nel ragionamento che cercheremo di sviluppare nel corso di questo intervento¹:

- a) un'espansione dell'area dei diritti della persona è preferibile rispetto a una sua contrazione;
 - b) in una società nella quale convivono legittimamente una pluralità di convinzioni etiche, il principio di maggioranza non è di per sé idoneo a determinare le scelte normative in questo campo;
- la risposta negativa a una domanda di diritti – l'apposizione di vincoli e di divieti – deve essere perciò argomentata in base ai principî costituzionali,

¹ È ovviamente possibile non condividere tale impostazione; ritenere, ad esempio, che tocchi alle maggioranze (sociali, religiose, parlamentari) stilare l'elenco dei diritti della persona e che le minoranze debbano accontentarsi di quanto venga loro 'concesso'; chi muova da convinzioni del genere giungerà, altrettanto ovviamente, a conclusioni ben diverse da quelle che verranno proposte nelle pagine di questo intervento.

che sono espressione dei valori condivisi anche da chi quella domanda veda frustrata².

Alla luce di ciò, è possibile quindi affermare che il circolo rimane 'virtuoso' anche nel caso in cui la richiesta del riconoscimento di determinate prerogative – da parte di alcuni settori della società – venga respinta, allorché ciò sia l'esito di un dialogo – anche sofferto e aspro – fra i vari formanti e non già frutto di un mero atto d'imperio³.

Il 'circolo virtuoso' viene invece interrotto quando il legislatore interviene al fine di far prevalere una visione di parte, negando legittimazione alle posizioni diverse senza che ciò sia giustificato dai principî costituzionali posti a salvaguardia dei diritti delle minoranze.

Nelle pagine che seguono cercheremo di evidenziare come proprio quest'ultima sia la via più volte intrapresa negli ultimi anni dal legislatore italiano,

² Ci si riferisce, in particolare, ai diritti inviolabili dell'uomo (art. 2), all'uguaglianza (art. 3), alla libertà nelle sue varie declinazioni (religiosa: artt. 8 e 19), personale (art. 13), di circolazione (art. 16), di riunione, di associazione, di pensiero e di parola (artt. 17, 18 e 21); di ricerca e di insegnamento (art. 33); all'invulnerabilità del domicilio e alla segretezza delle comunicazioni (artt. 14 e 15), all'autonomia in materia sanitaria (art. 32, 2° co.).

³ Un esempio è offerto dalla questione – affrontata in Francia – del cosiddetto 'diritto a non nascere'. La giurisprudenza aveva affermato il diritto di un bambino al risarcimento del danno conseguente al fatto stesso di essere nato e di dover vivere con gravi malformazioni: un errore diagnostico aveva indotto infatti la donna a portare a termine la gravidanza [si tratta dell'*affaire Perruche*: Cass. ass. plénière, 17 novembre 2000, n. 99-13701, reperibile al sito www.legifrance.gouv.fr; in *Nuova giur. civ. comm.*, I (2001), p. 209, con nota di E. Palmerini, *Il diritto a nascere sani e il rovescio della medaglia: esiste un diritto a non nascere affatto?*; in *Resp. civ. e prev.*, (2001), p. 497, con nota di A. Guarneri, *Wrongful life, bébé préjudice e il discusso diritto a nascere sano... o a non nascere*; commentata da M. Gorgoni, *Nascere sani o non nascere affatto: verso un nuovo capitolo della storia della naissance d'enfants sains non désirés*, in *Danno e resp.*, (2001), p. 475; la soluzione era stata ribadita, dalla medesima Corte, in successive pronunce]. Tale orientamento aveva suscitato un infuocato dibattito [in dottrina, vedi, ad esempio, P. Kayse, *Un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation sans fondement juridique?*, in *Rec. Dalloz*, (2001), p. 1889; Y. Saint-Jours, *Handicap congénital - Erreur de diagnostic prénatal - Risque thérapeutique sous-jacent (à propos de l'arrêt «P...» du 17 novembre 2000)*, in *Rec. Dalloz*, (2001), p. 1263; F. Vasseur-Lambry, *Réparation du préjudice de l'enfant empêché de ne pas naître handicapé*, in *Rec. Dalloz*, (2001), p. 2796; D. Mazeaud, *Réflexions sur un malentendu*, in *Rec. Dalloz*, (2001), p. 332; J. Hauser, *L'enfant et les sortilèges... de l'autonomie de la volonté*, in *Rev. trim. dr. civ.*, (2001), p. 103] che aveva portato all'adozione di una nuova normativa (Loi 2005-102 du 11 février 2005, di modifica dell'art. L. 114-5 del *Code de l'action social et des familles*) la quale afferma senz'altro che «Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance». In Italia, al caso è dedicato il volume O. Cayla - T. Yan, *Il diritto di non nascere - A proposito del caso Perruche*, Milano, Giuffrè, 2004; vedi anche A. M. Princigalli, *Nascere infermo o non nascere: quale tutela per il nuovo nato?*, in *Riv. critica dir. priv.*, (2001), p. 675.

il quale ha adottato – o messo in cantiere – norme restrittive dei diritti della persona ispirate a visioni o interessi di parte.

2. *L'Italia degli anni più recenti e l'abbandono del 'circolo virtuoso'*

Per comprendere cosa stia accadendo, nel nostro Paese, con riguardo al tema dei diritti della persona occorre puntare i riflettori su alcune questioni che si sono presentate all'attenzione del mondo del diritto (e non soltanto), di regola prima nei Paesi a noi per cultura e tradizioni più vicini, e poi anche nella nostra realtà. Si tratta soprattutto:

- a) della riservatezza;
- b) delle coppie di fatto, etero ed omosessuali;
- c) delle ricadute – in termini di regole giuridiche – delle tecnologie mediche relative alla riproduzione umana;
- d) dei temi di fine vita e di controllo del proprio destino nella fase finale dell'esistenza (autodeterminazione, direttive anticipate di trattamento, testamento biologico).

2.1. *La riservatezza e il 'telemarketing'*

Il diritto alla riservatezza rappresenta un efficace esempio di cosa intendiamo per 'circolo virtuoso', e dell'inversione di tendenza che caratterizza questi ultimi anni.

All'indomani della II guerra mondiale, qualcuno in Italia comincia a rivendicare il diritto al rispetto di una propria sfera di riservatezza⁴. La prima risposta dei giudici è negativa: essi affermano che il legislatore non ha previsto esplicitamente questa ipotesi – manca nei codici una norma *ad hoc* – e che quindi il diritto non esiste⁵.

Di riservatezza – di *privacy* – si discuteva peraltro da molto tempo. Altrove, il discorso era già avanzato: se ne parlava sin dalla fine del secolo precedente⁶.

⁴ Sul percorso che ha condotto al riconoscimento di questo e di altri diritti della personalità, sia consentito il rinvio a L. L. Gaudino, *La lesione dei diritti della personalità*, in P. Cendon (ed.), *I danni risarcibili nella responsabilità civile*, collana *Il diritto civile nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, vol. IV, *I singoli danni*, Torino, Utet, 2005, pp. 434 ss.

⁵ Si tratta del caso relativo alle lamentele dei congiunti del tenore Caruso nei riguardi di un film nel quale si ricostruivano alcune vicende familiari che essi intendevano rimanessero riservate [Cass., 22 dicembre 1956, n. 4487, in *Foro it.*, I (1957), c. 9].

⁶ Quantomeno a partire dal saggio di S. Warren e L. D. Brandeis, *The Right to Privacy*, Harvard L. Rev., 4 (1890), p. 193.

Di non poco rilievo è poi l'affermazione – al tempo forse sottovalutata – contenuta nell'art. 12 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo delle Nazioni Unite: «No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks».

Ad ogni modo, se guardiamo allo statuto della riservatezza nell'Italia degli anni '50, la situazione è facilmente descrivibile: a) il legislatore tace; b) i giudici negano l'esistenza del diritto; c) in dottrina si cominciano a elaborare soluzioni interpretative idonee a riconoscere, *de jure condito*, il diritto in questione⁷.

La fase successiva è complessa ma il punto d'approdo è sicuro. Ecco infatti la situazione attuale, come si presenta tenendo conto dell'evoluzione che l'ha determinata: a) la società ha espresso una forte domanda di tutela di questa sfera della personalità; b) la dottrina ha fornito strumenti teorici a supporto di questa richiesta; c) la giurisprudenza (anni '70) ha accolto questi suggerimenti⁸; d) il legislatore (anni Novanta) ha posto infine il suo suggello, dando per scontata l'esistenza del diritto⁹ e allestendo gli strumenti normativi volti a rendere ampiamente operativa la sua protezione¹⁰.

Proprio qui però troviamo un esempio recente dell'inversione che caratterizza le ultime legislature: parliamo del *telemarketing*.

Fino a qualche tempo fa la regola che governava questo settore era semplice: solo chi aveva fornito preventivamente il proprio consenso (dato, questi, risultante dagli elenchi telefonici) poteva essere contattato; il rispetto della *privacy* era cioè dovuto, salvo che il titolare stesso del diritto non avesse autorizzato l'ingerenza. Regola peraltro in sintonia con l'approccio generale: per il trattamento dei dati personali serve il consenso, salvo le eccezioni previste dalla legge.

⁷ Il dibattito diventerà presto affollato; merita qui ricordare almeno i saggi di A. de Cupis (*Il diritto alla riservatezza esiste*, in *Foro It.*, IV (1954), c. 89 ss.) e di G. Pugliese (*Il diritto alla 'riservatezza' nel quadro dei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, I (1963), p. 605 ss.).

⁸ Cass., 27 maggio 1975, n. 2129, in *Giust. civ.*, I, (1975), p. 1686; in *Foro it.*, I (1976), c. 2895; in *Giur. it.*, I, (1976), 1, c. 970 (noto come 'caso Soraya', dal nome della protagonista della vicenda, l'ex imperatrice persiana Soraya Esfandiary).

⁹ Che si tratti di un diritto di creazione giurisprudenziale è riconosciuto implicitamente dallo stesso legislatore; infatti, l'art. 2 del *Codice in materia di protezione dei dati personali* (D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196), pur includendo fra gli obiettivi della normativa la tutela della riservatezza e dell'identità personale, non definisce né il primo né il secondo concetto: compito che evidentemente il legislatore riconosce essere già stato svolto dai giudici.

¹⁰ L'evoluzione normativa – che muove dalla l. 31 dicembre 1996, n. 675 (*Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali*) – porterà al vigente *Codice in materia di protezione dei dati personali*.

Ora la regola è stata ribaltata: non tocca più a chi vuole ‘entrare nella casa’ del consumatore chiedere il permesso, bensì è quest’ultimo che – se intende sottrarsi alle chiamate telefoniche dei vari venditori – è tenuto ad attivarsi, secondo le non semplicissime modalità previste dalla norma¹¹.

2.2. I rapporti di convivenza

Un secondo settore che vale la pena di indagare è quello dei rapporti di convivenza – matrimonio di fatto, convivenza *more uxorio* – etero e omosessuali.

Se ci guardiamo intorno, sono essenzialmente tre le possibili risposte fornite dai vari ordinamenti al fenomeno sociale diffuso delle convivenze e alle richieste di garanzie giuridiche per tali rapporti:

- 1) ignorare il fenomeno, fingendo che non esista;
- 2) creare delle figure *ad hoc*, lasciando per altro inalterato il diritto matrimoniale;
- 3) modificare le regole sul matrimonio, consentendo anche alle coppie omosessuali di accedervi.

Le risposte 2) e 3) – che non si escludono reciprocamente e quindi possono combinarsi fra loro – figurano adottate da un numero crescente di ordinamenti¹².

In Italia la dottrina si occupa di coppie di fatto almeno dagli anni ’70¹³ e la giurisprudenza ha fatto sin qui ciò che ha potuto, riconoscendo in molti settori la rilevanza giuridica di tali rapporti¹⁴.

¹¹ D.p.r. 7 settembre 2010, n. 178, che istituisce il Registro delle opposizioni.

¹² L’elenco degli Stati nei quali la questione è stata affrontata – anche se in maniera diversa: dalle unioni civili (*Civil partnership, pacte civil de solidarité, Pacto Civil de Solidaridad*) fino al *same sex marriage* o al riconoscimento dei matrimoni omosessuali contratti all’estero) comprende almeno: Paesi Bassi; Belgio; Spagna; Svezia; Portogallo; Danimarca; Finlandia; Regno Unito; Germania; Austria; Slovenia; Irlanda; Francia; Lussemburgo; Repubblica Ceca; Ungheria; Norvegia; Islanda; Andorra; Svizzera; Liechtenstein; Croazia; Sud Africa; Canada; Distretto federale di Città del Messico; Argentina; Vermont, Massachusetts, Connecticut, New Hampshire, Iowa, Distretto di Washington DC, New York; Nuova Zelanda; Colombia; Ecuador; Uruguay; Australia; Brasile; Israele; Aruba; Antille Olandesi (ringrazio il collega Francesco Bilotta per le preziose informazioni sul punto).

¹³ Risale ad esempio al 1976 il Convegno nazionale di Pontremoli su ‘La famiglia di fatto’. Cfr. *Atti del Convegno nazionale ‘La famiglia di fatto’*, (Pontremoli, 27-30 maggio, 1976), Montereleggio-Parma, Tarantola, 1977.

¹⁴ Gli esempi sono davvero numerosi: risarcimento del danno per l’uccisione del *partner* [Trib. Verona, 3 dicembre 1980, in *Resp. civ. e prev.*, (1981), p. 74; Trib. Roma, 9 luglio 1991, in *Riv. giur. circolaz. e trasp.*, (1992), p. 138; Trib. Lanciano, 29 giugno 1991, in *Giur. it.*, I (1993), 2, c. 108; Trib. Milano, 9 marzo 2004, in *Nuova giur. civ. comm.*, (2005), I, p. 213; in *Danno e resp.*, (2005), p. 80; Trib. Milano, 13 luglio 2011, in *Arch. circ.*, (2012), p.

Dal canto suo, il legislatore sembrava aveva intrapreso una strada volta al progressivo riconoscimento dei rapporti di convivenza: è ormai lungo l'elenco delle norme che prendono atto della diffusione di questo tipo di rapporti e assimilano il convivente al coniuge¹⁵.

143; Cass., 16 settembre 2008, n. 23725, in *Nuova giur. civ. comm.*, I (2009), p. 447; in *Giust. civ.*, I (2009), p. 2714; Cass., 7 giugno 2011, n. 12278, in *Foro it.*, (Rep. 2011), voce *Danni civili*, n. 254]; di locazione e altre ipotesi concernenti le esigenze abitative [Corte Cost., 7 aprile 1988, n. 404, in *Giust. civ.*, I (1988), p. 1654; in *Nuove leggi civ. comm.*, I (1988), p. 515; in *Giur. it.*, I (1988), 1, c. 1627; Trib. Roma, 20 novembre 1982, in *Temi rom.*, (1983), p. 379; Corte cost., 20 dicembre 1989, n. 559, in *Giust. civ.*, I (1990), p. 612; in *Giur. cost.*, I (1989), p. 2564]; assegno divorzile (Cass., 9 marzo 1982, n. 1477, in *Foro it.*, I (1982), c. 1924); scelte relative al sepolcro (App. Milano, 5 ottobre 1982, in *Arch. civ.*, (1983), p. 641); reati di maltrattamenti in famiglia (Cass. pen., 13 novembre 1985, in *Riv. pen.*, (1986), p. 1079) e di abbandono di incapaci (Assise App. Milano, 9 luglio 2009, in *Corr. merito*, (2010), p.754); impresa familiare (Trib. Torino, 24 novembre 1990, in *Giur. it.*, I (1992), 2, p. 428; Cass., 19 dicembre 1994, n. 10927, in *Inf. prev.*, (1994), p. 1502]; irripetibilità delle erogazioni spontanea avvenute nel corso del *ménage* (Cass., 13 marzo 2003, n. 3713, in *Giur. it.*, (2004), p. 530; Cass., 30 novembre 2011, n. 25554, in *Foro it.*, I (2012), c. 1097).

¹⁵ Già in tempi risalenti, il d.l. 1726 del 1918 consentiva l'erogazione della pensione di guerra non soltanto favore della vedova, bensì pure alla promessa sposa e anche alla convivente *more uxorio* (qui la *ratio* della norma sembra frutto della consapevolezza che in molti casi l'assenza di un regolare matrimonio fosse dovuta gli eventi bellici). Molto più numerosi gli interventi normativi negli anni a noi più vicini. In tema di misure di protezione delle persone prive di autonomia – amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione – il codice ora indica esplicitamente il convivente sia come legittimato a chiedere l'attivazione dei provvedimenti, sia come soggetto in grado di ricoprire il ruolo di amministratore di sostegno, di tutore e di curatore (artt. 404 ss., come risultano dopo la riforma apportata nel 2004). Nonostante sia poi per altri versi molto restrittiva, la legge 40 del 2004 consente, all'art. 5, l'accesso alle tecniche di fecondazione assistite pure ai conviventi (purché, si precisa, di sesso diverso). Il d. lgs. 196 del 2003 (codice della privacy) in più articoli include il convivente fra i soggetti in grado di fornire il consenso al trattamento dei dati personali, quando l'interessato – per malattia o incapacità – sia impossibilitato a farlo. Il convivente *more uxorio* del defunto è pure il soggetto da coinvolgere secondo la normativa sui trapianti (artt. 3 e 23, l. 91 del 1999). Gli artt. 330 e 333 prevedono – a tutela del minore rispetto ad abusi o maltrattamenti – la possibilità di allontanare il genitore o il convivente dalla residenza familiare; gli art. 342-*bis* e 343-*ter* (inseriti dalla l. 154 del 2001) non fanno distinzione fra coniuge e convivente, per quanto riguarda gli ordini di protezione contro gli abusi familiari, adottabili dal giudice quando il comportamento del *partner* sia causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro. Le norme contro la prostituzione e la pornografia minorile prevedono un'aggravante quando il fatto sia commesso dai soggetti – fra cui il convivente del genitore – che sono più vicini al minore (artt. 606-*bis* e ss., c.p.). L'art. 681, c.p. include il convivente fra i soggetti legati al condannato e ammessi a presentare al Presidente della Repubblica la domanda di grazia. Al pari del coniuge, e di altri parenti e affini, in caso di sinistro il convivente *more uxorio* dell'assicurato per la responsabilità civile automobilistica non può pretendere l'indennizzo per i danni riportati al-

Tuttavia, quando si è cominciato a parlare di disciplinare il fenomeno in maniera più sistematica il processo si è arrestato; sono comparsi veti e appelli a «principi non negoziabili», e il tema dei diritti della persona è diventato terreno di scontro spesso strumentale, nel quale le posizioni assunte mostrano di essere funzionali al perseguimento di scopi ben lontani rispetto a quello della ricerca di soluzioni razionali, ragionevoli e condivise: così, i progetti di legge – volti a introdurre nel nostro sistema i PaCS (patti civili di solidarietà) o i DICO (diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi) – sono alla fine usciti dalle nostre agende parlamentari.

2.3. *La procreazione medicalmente assistita*

Com'è noto le possibilità offerte dalla scienza medica hanno rivoluzionato tutto l'ambito della procreazione assistita, consentendo di superare molti dei vincoli 'naturali' alla procreazione: cure della sterilità; fecondazione in vitro, cessione di gameti, 'affitto dell'utero' e così via.

La delicatezza del settore ha suscitato ovviamente grandi discussioni e polemiche, riguardanti tanto gli aspetti etici quanto quelli della regolazione giuridica: esigenza senz'altro condivisa, però con grandi contrasti per quanto riguarda la scrittura delle regole operative.

Anche qui gli ordinamenti offrono una varietà di risposte: dalle più 'liberali' a quelle più restrittive.

Nota è la scelta del nostro legislatore, ispirata a una ben determinata visione etica; noto e anche il metodo, volto soprattutto a 'vincere' e a evitare di giungere a soluzioni condivise.

Ciò che conta è che la normativa adottata – l. 19 febbraio 2004, n. 40 – presenta aspetti restrittivi altrove sconosciuti; in questi temi l'Italia si trova isolata rispetto alle scelte operate nei Paesi a noi – non solo geograficamente – vicini: com'è testimoniato dal fenomeno – ormai spunto per racconti cinematografici e *fiction* televisive – del turismo procreativo.

le proprie cose, poiché non è considerato, a tal fine, un soggetto terzo dal codice delle assicurazioni (art. 129, d. lgs. 209 del 2005). Sia le norme relative al 'Fondo di solidarietà per le vittime delle richieste estorsive e dell'usura' (art. 8, l. 44/1999), che quelle 'a favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata' (art. 4, l. 302 del 1990) comprendono, tra i beneficiari delle elargizioni, il convivente *more uxorio*. La legge sui consultori familiari (art. 1, l. 405 del 1975) individua le coppie – senza distinzioni fra coniugati e conviventi – quali destinatarie dei servizi di assistenza 'alla famiglia e alla maternità'. Il convivente ha, come il coniuge, diritto a permessi retribuiti dal lavoro in caso di decesso o malattia del *partner* (art. 4, l. 53 del 2000). Secondo l'art. 30, l. 354 del 1975 (Riforma dell'ordinamento penitenziario) il condannato ha diritto a un permesso in caso di imminente pericolo di vita di un familiare, compreso il convivente.

Tuttavia la legge – uscita indenne da un tentativo di abrogazione referendaria¹⁶ – figura inserita in un sistema governato da regole costituzionalizzate, poste a tutela dall'autodeterminazione e della salute delle persone: ed esposta perciò a più di una censura da parte della Corte costituzionale; mentre gli stessi giudici di merito si sono trovati a doverne forzare i limiti.

Si sta assistendo così, a una progressiva demolizione della normativa, quantomeno nei suoi aspetti più severi. I divieti di diagnosi preimpianto sono stati ritenuti illegittimi da più di un giudice¹⁷ e, nel 2012, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha giudicato tale divieto contrario all'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, condannando l'Italia al risarcimento del danno nei confronti della coppia ricorrente¹⁸.

La Corte Costituzionale¹⁹, dal canto suo, ha dichiarato l'illegittimità del-

¹⁶ Si ricorderà – cercando di evitare un franco confronto di posizioni – il governo del tempo avesse usato tutti gli strumenti a sua disposizione per favorire l'astensionismo: a partire dalla scelta strategica della data della consultazione, fino all'esplicito invito a disertare le urne. Com'è noto il referendum abrogativo, del 12 e 13 giugno 2005, non raggiunse il *quorum* di votanti.

¹⁷ Tra i molti provvedimenti, vedi: Trib. Roma, 23 febbraio 2005, in *Foro it.*, 1005, I, c. 881; in *Corr. Merito*, (2005), p. 529; in *Giur. merito*, (2005), p. 1776; Trib. Cagliari, 24 settembre 2007, in *Foro it.*, I (2007), c. 3245; in *Guida al dir.*, 2007, fasc. 46, p. 59; in *Famiglia e dir.*, (2007), p. 1141; in *Giur. merito*, (2008), p. 997; in *Riv. giur. sarda*, (2007), p. 775; in *Corr. giur.*, (2008), p. 383; in *Nuova giur. civ. comm.*, (2008), I, p. 249; in *Famiglia, persone e successioni*, (2008), p. 605; in *Questione giustizia*, (2007), p. 1239; in *Giust. civ.*, I (2008), p. 217; in *Fam., pers. e succ.*, (2008), p. 420; in *Corr. merito*, (2008), p. 313; in *Giust. amm.*, (2007), p. 1103; in *Riv. pen.*, (2008), p. 527; in *Giur. merito*, (2008), p. 88; in *Ragiusan*, (2008), fasc. 287, p. 208; in *Riv. it. med. leg.*, (2008), p. 879; in *Fam. e minori*, (2008), fasc. 3, p. 33; in *Dir. fam.*, (2008), p. 260; Trib. Firenze, 18 dicembre 2007, in *Foro it.*, I (2008), c. 627; in *Giur. merito*, (2008), p. 997; in *Giur. cost.*, (2008), p. 537; in *Guida al dir.*, (2008), fasc. 3, p. 53; in *Fam. e minori*, (2008), fasc. 3, p. 26; Trib. Cagliari, 12 novembre 2012, in *Foro it.*, I (2012), c. 3349; Tar Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398, in *Foro it.*, III (2008), c. 207; in *Fam. e dir.*, (2008), p. 499; in *Nuova giur. civ. comm.*, I (2008), p. 489; in *Giurisdiz. amm.*, II (2008), p. 84; in *Giur. it.*, (2008), p. 1901; in *Ragiusan*, (2008), fasc. 289, p. 226; in *Foro amm. - Tar*, (2008), p. 151; in *Guida al dir.*, (2008), fasc. 6, p. 60; in *Famiglia e minori*, (2008), fasc. 3, p. 16; in *Giur. merito*, (2008), p. 1134: la pronuncia dichiara l'illegittimità delle linee guida del 21 luglio 2004, e solleva la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, l. 40/2004.

¹⁸ Corte europea diritti dell'uomo, 28 agosto 2012, in *Foro it.*, IV (2012), c. 473.

¹⁹ Corte cost., 1 aprile 2009, n. 151, in *Foro it.*, I (2009), c. 2301; in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, (2009), p. 928; in *Questione giustizia*, (2009), fasc. 3, p. 184; in *Riv. pen.*, (2009), p. 946; in *Corr. giur.*, (2009), 1213; in *Riv. it. med. leg.*, (2009), p. 743; in *Fam., pers. e succ.*, (2009), p. 684; in *Fam. e dir.*, (2009), 761; in *Riv. giur. scuola*, (2009), 175; in *Giust. civ.*, I (2009), 1177; in *Nuova giur. civ. comm.*, I (2009), p. 1123; in *Guida al dir.*, (2009), fasc. 21, p. 19; in *Famiglia e minori*, (2009), fasc. 6, p. 13; in *Giurisdiz. amm.*, III (2009), p. 383; in *Nuove leggi civ. comm.*, (2009), p. 501; in *Giur. cost.*, 1656 (2009); in *Dir. fam.*, 991 (2009).

l'obbligo di «un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», contenuto nell'art. 14, 2° co., della legge in questione; illegittimo pure il 3° co. dello stesso articolo, «nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna».

Pure il divieto di fecondazione cosiddetta 'eterologa' risulta sfidato da molti giudici, e la questione appare ancora controversa²⁰.

2.4. Autodeterminazione del malato e scelte di fine vita

In questo momento, il settore al quale forse più di altri sembra applicarsi il discorso del 'circolo virtuoso' – insieme alla constatazione del suo abbandono nella recente esperienza italiana – è quello dell'autodeterminazione del paziente e delle scelte di fine vita.

Se diamo uno sguardo a ciò che accade negli altri Paesi, vediamo come la sequenza abbia operato e operi in tutte le realtà nelle quali il problema è stato affrontato. Sono infatti molti gli Stati nei quali – di regola, prima in base alla casistica giurisprudenziale, e poi per mezzo di interventi legislativi con essa coerenti – figurano essere stati allestiti strumenti giuridici che consentono al paziente di controllare le scelte sanitarie che lo riguardano, anche in caso di sopravvenuta incapacità: U.S.A.²¹; Regno Unito²²; Olanda, Belgio e Lussemburgo²³; Spagna²⁴; Portogallo²⁵; Austria²⁶; Danimarca; Finlandia; Svizzera²⁷; Ger-

²⁰ Sul punto si sono pronunciate sia la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in due occasioni, e con esiti contrastanti – Corte europea diritti dell'uomo, 1 aprile 2010, *S. H. c. Gov. Austria*, in *Fam. e dir.*, (2010), p. 977; in *Nuova giur. civ. comm.*, I, (2010), p. 1082; in *Giur. it.*, 776 (2011); Corte europea diritti dell'uomo, 3 novembre 2011, *S.H. and others v. Austria* (no. 57813/00), in *Foro it.*, IV (2012), c. 209; in *Nuova giur. civ. comm.*, I (2012), p. 224; in *Quaderni dir. e politica ecclesiastica*, (2011), p. 629; sia la Consulta (Corte cost., 7 giugno 2012, n. 150, in *Foro it.*, I (2012), c. 2249; in *Nuova giur. civ. comm.*, I (2012), p. 858).

²¹ Dove tutti gli Stati hanno disciplinato l'istituto del *Living Will*.

²² In Inghilterra e Galles in virtù del *Mental Capacity Act 2005*; in Scozia e Irlanda del Nord in base al *common law*.

²³ Dove si ammette pure il suicidio assistito e l'eutanasia attiva.

²⁴ Legge 41/2002 del 14 novembre, *Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; instrucciones previas*.

²⁵ L. n. 25/2012, del 1° luglio 2012 – *Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV)*.

²⁶ *Patientenverfügungsgesetz* (l. 8 maggio 2006, n. 55).

²⁷ Dove il codice penale, vieta – da un lato – l'omicidio pietoso, seppur a richiesta del malato (art. 114), mentre – dall'altro lato – sanziona all'art. 115 l'istigazione o l'aiuto al suicidio, ma solo se attuati per motivi egoistici. Una novella del codice civile ha introdotto le 'Direttive del paziente'.

mania²⁸; Irlanda²⁹; Israele³⁰; Canada³¹; Argentina³²; Panama³³; Uruguay³⁴; Cile³⁵; Messico³⁶; Australia³⁷; Nuova Zelanda.

Più in generale, le risposte che figurano offerte dagli ordinamenti alla domanda di autodeterminazione nelle scelte di fine vita si presentano come segue:

- 1) in molti casi il legislatore ha confermato e affinato quanto già deciso dai giudici con il conforto di gran parte della dottrina;
- 2) altrove, il legislatore non si è (ancora) pronunciato, ma il dibattito si muove nella direzione del riconoscimento dell'autonomia del paziente³⁸;
- 3) in nessuna realtà il legislatore si è mosso per smentire le acquisizioni della giurisprudenza e per ridurre gli spazi di autonomia del malato³⁹.

E in Italia?

La situazione attuale è presto detta. In base al «diritto vivente» – ricostruito in via interpretativa dalla giurisprudenza, in particolare nei casi Welby⁴⁰ ed

²⁸ Nuovo § 1901a, BGB, rubricato *Patientenverfügung* (testamento biologico).

²⁹ Non c'è legislazione, ma la giurisprudenza riconosce l'autonomia del paziente.

³⁰ Legge 5766-2005 ('*Terminally Ill Patients Law*', o anche '*Patient Near Death Law*').

³¹ Le varie Province hanno disciplinato le *Advance directives*.

³² *Directivas Médicas Anticipadas*, Ley 26.529, del 21 ottobre 2009 sui «*derechos del paciente*».

³³ Legge 20 novembre 2003, n. 68: '*Documento de Voluntades Anticipadas*'.

³⁴ Legge 21 aprile 2009, n. 18.473 su '*Voluntad anticipada*'.

³⁵ Legge 24 aprile 2012, n. 20.584, '*Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud*'.

³⁶ Situazione complessa a causa dell'ordinamento federale; le varie leggi statali ammettono le direttive anticipate.

³⁷ Le *Advance Directives*, sono uno strumento entrato a far parte della prassi sanitaria a partire dai primi anni '80 del secolo scorso e, in generale, ritenuto valido sia in base al *common law* che a specifiche legislazioni dei diversi Stati e Territori.

³⁸ È il caso, ad esempio, del Brasile e del Venezuela, dove i progetti di legge relativi ai nuovi codici penali sono improntati al rispetto dell'autonomia del paziente.

³⁹ Un'eccezione è forse rappresentata dalla Repubblica Dominicana, la cui Costituzione del 2010 contiene un articolo (art. 37) che sancisce l'inviolabilità della vita «dal concepimento alla morte»: una norma che – oltre alla pena capitale – esclude dall'ordinamento tanto l'aborto quanto l'eutanasia. La legge sulla salute assicura comunque al paziente il diritto all'informazione circa le proprie condizioni e i trattamenti possibili, nonché quello a decidere se accettare o rifiutare i trattamenti. Il codice di etica medica obbliga il medico a fornire al paziente tutte le informazioni rilevanti e riconosce il diritto del malato di rifiutare le cure: diritto che la stessa Costituzione riconosce, salvo che il soggetto versi in pericolo di vita (art. 42, n. 3).

⁴⁰ Piergiorgio Welby – totalmente paralizzato – aveva chiesto ai giudici di ordinare al medico curante di cessare le terapie che lo mantenevano in vita; il Tribunale di Roma aveva respinto la domanda (Trib. Roma, 16 dicembre 2006, in *Foro it.*, I (2007), c. 571; in *Corr. merito*, (2007), p. 461; in *Famiglia e dir.*, (2007), p. 292; in *Resp. civ. e prev.*, (2007), p. 73; in

Englaro⁴¹ – il paziente ha diritto a rifiutare qualsiasi cura, anche se necessaria a mantenerlo in vita; in caso di incapacità si deve rispettare la sua volontà, espressa in precedenza per mezzo di scritti – cosiddetto testamento biologico, direttive anticipate – o ricostruita sulla base delle sue dichiarazioni, del suo stile di vita, della sua personalità e identità.

Il legislatore non sembra intenzionato – in questo campo – a seguire quel ‘circolo virtuoso’ che, come abbiamo visto, ha caratterizzato tante altre esperienze.

Il 12 luglio 2011 la Camera dei Deputati ha approvato il disegno di legge – «Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento» – modificando il testo già licenziato dal Senato nel marzo 2009.

Gli obiettivi di tale normativa sono evidenti: contrastare l’autonomia del paziente, smentire la giurisprudenza, isolare la realtà italiana rispetto non soltanto a quella nordamericana ma pure a quella dei Paesi europei a noi più vicini.

Ciò appare evidente già dal linguaggio scelto: il termine «volontà» non compare nel d.d.l. – che parla solo di «orientamenti espressi dal soggetto» (art. 7) – se non per precisare che «eventuali dichiarazioni di intenti o orientamenti espressi dal soggetto al di fuori delle forme e dei modi previsti dalla presente legge non hanno valore e non possono essere utilizzati ai fini della ricostruzione della volontà del soggetto»⁴².

Ecco quindi i principî ispiratori del provvedimento:

- a) la vita è un diritto indisponibile;
- b) va vietata qualsiasi forma di eutanasia (cioè, alla fine, ogni astensione da interventi terapeutici che non superino la soglia dell’accanimento terapeutico);

Questione giustizia, (2007), p. 1126; in *Nuova giur. civ. comm.*, I (2007), p. 844; in *Giur. merito*, (2007), p. 996; un altro medico accoglierà la richiesta di Welby e la sua condotta verrà considerata legittima nella sentenza che lo assolverà dall’accusa di omicidio del consenziente (Trib. Roma, 23 luglio 2007, in *Foro it.*, II (2008), c. 105; in *Dir. pen. e proc.*, (2008), p. 59; ; in *Nuova giur. civ. comm.*, I (2008), p. 65; in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, (2008), p. 437; in *Riv. it. medicina legale*, (2008), p. 294; in *Questione giustizia*, (2007), p. 1166; in *Cass. pen.*, (2008), p. 1791; in *Dir. fam. pers.*, (2008), p. 343).

⁴¹ Il percorso giudiziario del caso Englaro è troppo complesso per poterlo qui sintetizzare; basti il rinvio alla sentenza della S.C. che ha riconosciuto anche al soggetto caduto in stato di incoscienza il diritto al rifiuto delle terapie, in base alla volontà precedentemente palesata (Cass., 26 ottobre 2007, n. 21748, in *Resp. civ. e prev.*, (2008), p. 1103; in *Foro it.*, I (2007), c. 3025; in *Nuova giur. civ. comm.*, I (2008), p. 83; in *Guida al dir.*, (2007), 43, p. 29; in *Corr. giur.*, (2007), p. 1676; in *Dir. fam.*, (2008), p. 592; in *Dir. uomo*, 2 (2008), p. 85; in *Critica pen.*, (2008), p. 155; in *Rass. dir. farmaceutico*, (2008), p. 235).

⁴² Chiara l’intenzione di smentire quanto invece affermato dalla Cassazione nel caso Englaro.

c) la volontà del paziente ha solo il valore di un orientamento, che il medico non è tenuto a rispettare, essendo il solo vero vincolo per il sanitario quello di attenersi alla regola di cui al punto b).

Ove il d.d.l. divenisse legge, nel testo che risultava in discussione prima della chiusura della legislatura:

a) con riguardo al soggetto capace, ogni intervento sanitario continuerebbe a essere vincolato al suo consenso informato [art. 1, lett. e); art. 2]. Tuttavia, il medico il quale dovesse astenersi da una terapia salvavita potrebbe trovarsi di fronte al rischio di un'accusa di eutanasia per omissione. Il testo dell'art. 1, lett. c), del d.d.l. «vieta ai sensi degli articoli 575, 579 e 580 del codice penale ogni forma di eutanasia e ogni forma di assistenza o di aiuto al suicidio [...]». Aiuto al suicidio e omicidio del consenziente sono condotte già ora vietate dalle norme del codice penale richiamate; l'inserimento del termine eutanasia – per non essere del tutto pleonastico – deve riferirsi alla condotta omissiva. Nel futuro, il medico il quale non imporrà con la forza una cura al paziente riottoso potrà cercare di difendersi invocando l'art. 32 Cost., nonché l'assenza – nel singolo caso – di una esplicita disposizione di legge tale da imporre un trattamento sanitario obbligatorio. Più delicata invece la posizione del sanitario chiamato a rimuovere un presidio terapeutico già in atto (vedi il 'caso Welby'): qui il rischio di un'accusa per eutanasia – omissiva o addirittura commissiva, quest'ultima esplicitamente equiparata all'omicidio del consenziente – appare davvero non trascurabile.

b) In caso di incapacità le «direttive anticipate», divenute ormai «dichiarazioni anticipate» – redatte in forma scritta, con data certa, sottoscritte dall'interessato e dal medico, cui spetta il compito di fornire tutte le informazioni e di raccogliere le dichiarazioni stesse (art. 4):

b1) diventano operative solo nel caso di futura perdita permanente di capacità (la prognosi di possibile recupero delle facoltà mette cioè fuori gioco le «dichiarazioni», attribuendo così il potere di decidere al medico);

b2) possono contenere «orientamenti e informazioni utili per il medico, circa l'attivazione di trattamenti terapeutici» (art. 3, 1° co.), che potranno essere «presi in considerazione», salva la possibilità di discostarsene motivatamente (art. 7);

b3) possono contenere la rinuncia «ad ogni o ad alcune forme particolari di trattamenti terapeutici *in quanto di carattere sproporzionato o sperimentale*» (art. 3, 2° co.); l'interessato può cioè sottrarsi solo all'accanimento terapeutico – già vietato dallo stesso d.d.l. [art. 1, lett. f)], nonché dalle norme deontologiche –, oppure a terapie sperimentali che già oggi la normativa subordina al consenso informato del soggetto coinvolto.

Pensiamo al caso dei Testimoni di Geova. Con la perdita di coscienza, il ri-

fiuto di sottoporsi a emotrasfusione perderà di valore: al verificarsi «di una situazione di emergenza, nella quale si configuri una situazione di rischio attuale e imminente per la vita del paziente» (art. 2, 9° co.) il consenso perderà infatti di importanza; né conterranno le dichiarazioni di trattamento, a causa del carattere non ‘permanente’ dell’incapacità. D’altronde la trasfusione non è terapia preventivamente rinunziabile, in quanto non ‘sproporzionata’.

Quanto ai soggetti in Stato Vegetativo Permanente, chiara è la risposta al caso Englaro: «alimentazione e idratazione, nelle diverse forme in cui la scienza e la tecnica possono fornirle al paziente, devono essere mantenute fino al termine della vita, ad eccezione del caso in cui le medesime risultino non più efficaci nel fornire al paziente in fase terminale i fattori nutrizionali necessari alle funzioni fisiologiche essenziali del corpo. Esse non possono formare oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento» (art. 3, 4° co.).

In definitiva: formulare «dichiarazioni anticipate di trattamento» sarà del tutto inutile; con esse sarà infatti possibile solo suggerire, senza alcun vincolo, la propria preferenza per una terapia piuttosto che per un’altra, ove una simile alternativa sussista, oppure rinunciare a interventi sanitari che sarebbero già di per sé vietati.

Con l’incapacità – temporanea o permanente che sia – l’interessato perderà totalmente il controllo sul proprio destino: la persona diventerà un oggetto nelle mani dei sanitari. Questi ultimi agiranno scegliendo il rischio minore fra quello di subire un’azione penale per non aver operato «in applicazione del principio dell’invulnerabilità della vita umana e della tutela della salute e della vita, secondo i principi di precauzione, proporzionalità e prudenza» (art. 7, 3° co.) e quello – del tutto privo di sanzioni specifiche – di essere accusati di aver ecceduto nelle cure con «trattamenti straordinari e sproporzionati».

Ciò influirà, in particolare, sul ricorso alle terapie del dolore. Nel contrasto fra il dovere di alleviare la sofferenza – menzionato nel d.d.l. [art. 1, lett. c)] – e quello di tutelare la vita, la scelta difensiva sarà inevitabile: ove la somministrazione di adeguate terapie del dolore comporterà l’effetto collaterale di ridurre la speranza di vita del soggetto, si finirà per lesinare sugli oppiacei.

Altri ancora sarebbero i profili di dubbio e le criticità del provvedimento: tra questi l’esclusione del convivente dai soggetti chiamati a dialogare con i sanitari (artt. 6, 8° co. e 7, 2° co.: sono ‘familiari’ solo quelli ritenuti tali in base alle norme codicistiche sulle successioni).

Quanto sin qui passato in rassegna appare però sufficiente a evidenziare come si tratti di una normativa ideologica, nella quale l’unico obiettivo è la difesa a oltranza della mera ‘vita’ biologica. Il prezzo è rappresentato dalla negazione dell’autonomia dell’individuo – al quale nessun margine di decisione viene riconosciuto con riguardo ai momenti più drammatici e significativi della

sua esistenza –; dal sacrificio della sua dignità; dall'annullamento della sua personalità: una legislazione nella quale «la biologia prevale sulla biografia»⁴³.

Autonomia, dignità, personalità appartengono però ai valori più profondamente radicati nella nostra Costituzione, la quale non può essere calpestata da una legge ordinaria.

L'itinerario che si annuncia – in caso di approvazione del d.d.l. in questa stesura – sarà simile a quello che, come abbiamo visto, ha caratterizzato la legge sulla fecondazione medicalmente assistita.

Si tratta di un'esperienza che dovrebbe far riflettere. Da un punto di vista etico-politico, i diritti delle persone rappresentano un campo troppo delicato e di portata universale per farne terreno di scontro ideologico o – ancora peggio – di scambio politico contingente.

Sotto il profilo tecnico, l'imposizione 'muscolare', da parte della maggioranza parlamentare, di regole ispirate a una, fra le possibili visioni etiche che legittimamente si confrontano nella società, è destinata a scontrarsi con i presidi che la Costituzione e le Carte sovranazionali dei diritti garantiscono a tutela dell'autonomia e della libertà degli individui.

2.4.1. *Eutanasia, suicidio assistito*

Come abbiamo chiarito sin dall'inizio, il discorso relativo al 'circolo virtuoso' non impone che una determinata domanda, volta ad ampliare lo spazio dei diritti, debba essere sempre e comunque accolta. Ciò che conta – ribadiamo – è che la risposta negativa figuri fondata e giustificata da argomenti e valori condivisi anche da chi tale risposta si trovi a dover subire.

Sono molti, nel nostro ordinamento, gli esempi di regole ispirate a questa logica: l'art. 2113 c.c. rende nulle le rinunce ai propri diritti, formulate dal lavoratore dipendente in costanza del rapporto: e ciò sull'ovvio presupposto che tali rinunce potrebbero essere frutto non già della sua libera determinazione, bensì della sua condizione di subalternità rispetto dal datore di lavoro; la medesima logica ispira tutta la materia dei diritti del consumatore: il Codice del Consumo ribadisce infatti in più passaggi l'irrinunciabilità dei diritti sanciti dal medesimo Codice⁴⁴.

In quest'ordine di idee possono essere affrontati i temi del suicidio assistito

⁴³ J. Rachels, *The end of life. Euthanasia and morality*, Oxford-New York, Oxford University Press, 1986, p. 50 (ed. it., *La fine della vita. La moralità dell'eutanasia*, Casale Monferato, Sonda, 1989): «Death is a misfortune, not because it puts an end to one's being alive (in the biological sense), but because it ends one's life (in the biographical sense)»; S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2006, p. 98.

⁴⁴ Artt. 67-*octies decies*, e 143, rubricati appunto «Irrinunciabilità dei diritti», art. 78.

e dall'eutanasia (intendendosi per tale una condotta attiva volta a determinare la morte del soggetto in base a una sua richiesta).

Una visione ispirata alla piena libertà e autonomia del paziente induce molti ad auspicare che la normativa italiana dovrebbe spingersi sino a rendere lecite tali condotte, sulla scia di quanto già ammesso in altri ordinamenti. Tuttavia è anche possibile – pur senza abbandonare le idee di libertà e autonomia – giungere a conclusioni diverse, almeno con riguardo al momento storico contingente. Tenendo infatti conto della realtà socio-economica attuale – pensiamo, ad esempio, alla carenza di risorse che affligge la sanità pubblica, oppure all'ancora scarsa diffusione delle cure palliative e delle terapie del dolore – non va sottovalutato il rischio concreto che, a mancare, siano proprio i presupposti della stessa libertà del paziente che si vuole tutelare; il rischio, cioè, che la scelta suicidaria o eutanasiica figuri frutto non già di libera e consapevole determinazione, bensì quale risposta alle difficoltà che il malato – in condizione di particolare fragilità – si trovi a incontrare nel suo rapporto con le strutture sanitarie.

In tale contesto, il mantenimento del divieto di suicidio assistito e di eutanasia potrebbe giustificarsi poiché fondato non già sulla negazione della libertà del soggetto, bensì sul realistico riconoscimento che, in un certo momento storico, la collettività non è in grado di assicurare che le scelte del malato rispondano davvero all'esercizio della massima libertà, potendo essere invece frutto della sua debolezza.