

LIBER AMICORUM
PER
PAOLO ZATTI

VOLUME PRIMO

ESTRATTO



JOVENE

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2023

ISBN 978-88-243-2818-0

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

www.jovene.it info@jovene.it

Printed in Italy Stampato in Italia

INDICE

VOLUME PRIMO

<i>Presentazione</i>	p. XV
GIOVANNI IUDICA, <i>Paul-Anton Masstele</i>	» XVII

TEMI GENERALI E TEORIA DEL DIRITTO

FABIO ADDIS	
Norme e principi nel Trattato delle leggi di Jean Domat.....	» 3
ANGELO BARBA	
Frammenti dal più recente dibattito tedesco sul diritto privato.....	» 21
GIOVANNI FURGIUELE	
Riflessioni intorno al giurista e all'ordine giuridico	» 35
PAOLO GAGGERO	
Significanti del diritto dell'economia e interpretazione.....	» 45
MAURO GRONDONA	
La giurisprudenza e il problema della trasformazione ordinamentale: premesse per una discussione	» 59
MARIO LIBERTINI	
Come cambiano le università: dal "sistema" al "mercato". Nuove riflessioni sulla competizione fra università	» 71
FILIPPO NAPPI	
Dalla scienza delle norme alla prudenza del giudizio: un nuovo paradigma forma- tivo per il giurista italiano	» 85
ANDREA NERVI	
<i>Legis-latio</i> e <i>iuris-dictio</i> ; una storia infinita	» 99
MASSIMO PARADISO	
I. A. Il computer di Buridano	» 113
ELENA PARIOTTI	
Metafore della normatività giuridica e trasformazioni dei mondi vitali.....	» 123
ALESSANDRO SOMMA	
L'Unione europea non è un progetto incompleto e neppure riformabile: è un di- spositivo neoliberale di successo.....	» 133
GIUSEPPE VETTORI	
Eguaglianza e sostenibilità	» 151

GIUSEPPE ZACCARIA

Normatività giuridica e normatività algoritmica p. 159

DIRITTO CIVILE. CATEGORIE DELLA TRADIZIONE
E FRONTIERE DELL'INNOVAZIONE

LUIGI BALESTRA

Diritto dei contratti e crisi d'impresa: il caso del contratto a (s)favore di terzi..... » 177

MASSIMO BASILE

La compravendita immobiliare tramite persona interposta » 183

ROBERTO BOCCHINI

Il contratto di logistica tra gli artt. 1570-*bis* e 1677-*bis* c.c.: dal ricovero di Sassocorvaro all'attualità del nostro codice » 205

NICOLA BRUTTI

Risarcimento in forma specifica del danno non patrimoniale e *public apologies* » 225

CARMELITA CAMARDI

Diritto civile e nuovi valori costituzionali. Qualche suggestione da recenti riforme.... » 237

GRAZIA CECCHERINI

Tutela dell'ambiente e riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione..... » 251

MATTEO CEOLIN

Abbandono e rinuncia alla proprietà nel prisma della circolazione degli immobili » 265

GIOVANNI CINÀ

Il "disordine informativo" sulle piattaforme digitali e il ruolo della dignità nei modelli europeo e statunitense » 275

PAOLOEFISIO CORRIAS

Autoresponsabilità e contratto di assicurazione » 293

ALESSANDRO D'ADDA

Assetti attuali della tutela civile inibitoria: alcune riflessioni «sparse» » 305

ENRICO DEL PRATO

Sul quarto libro del codice civile » 325

MASSIMO FRANZONI

La responsabilità civile in un codice europeo? » 339

DANIELA M. FREANDA

Dal contatto sociale all'obbligazione contrattuale: la responsabilità del medico dipendente nei confronti del paziente della struttura..... » 349

MATILDE GIROLAMI

La scelta negoziale nella protezione degli adulti vulnerabili: spunti dalla recente riforma tedesca » 365

GREGORIO GITTI

L'applicazione dei sistemi di intelligenza artificiale nei contratti per l'impresa..... » 387

CARLO GRANELLI

Il tramonto dell'idea di un "codice europeo comune di diritto privato" » 401

MICHELE LOBUONO	
Le fidejussioni <i>omnibus</i> conformi allo schema ABI fra efficienza della tutela e protezione del mercato	» 409
ETTORE MARIA LOMBARDI	
Una riflessione privatistica sulla sicurezza cibernetica nel metaverso: tra ciber spazio e iperuranio, dove condurrà il “futuro prossimo venturo”?	» 419
EMANUELE LUCCHINI GUASTALLA	
Trasferimento di beni immobili in pagamento di debito usurario	» 437
MARCELLO MAGGIOLO	
Danno non patrimoniale, equità, risarcimento in forma specifica	» 445
ENRICO MINERVINI	
Le Sezioni Unite e la meritevolezza del contratto: note a prima lettura.....	» 451
PIER GIUSEPPE MONATERI	
Il “ <i>quantum</i> ” del danno morale, e il futuro del danno non patrimoniale a persona....	» 457
STEFANO PAGLIANTINI	
Irrazionalità del consumatore medio, pratiche aggressive e regole di tutela.....	» 467
GIOVANNI PASSAGNOLI	
Il garante-consumatore nel contratto autonomo di garanzia	» 479
ROBERTO PUCELLA	
Autodeterminazione, salute, danno: i dialoghi tra Maestro e Allievo	» 487
FRANCESCO RICCI	
I contratti di distribuzione automobilistica integrata nel d.l. n. 68/2022 (dalla l. n. 108/2022 alla l. n. 6/2023)	» 503
NICOLA RIZZO	
Persona, moneta, proprietà: causalità, presunzioni, danno	» 519
VINCENZO ROPPO	
L'ipotesi della nullità del contratto per contrarietà a diritti inviolabili.....	» 533
CLAUDIO SCOGNAMIGLIO	
I nuovi problemi della liquidazione del danno non patrimoniale.....	» 545
ANNA SCOTTI	
Proposta di direttiva “ <i>due diligence</i> ”: le incertezze del legislatore europeo sul rapporto tra gli obiettivi di sostenibilità dell'attività di impresa, il contratto e i codici di condotta.....	» 563
MAURO TESCARO	
Lo stato dell'arte del risarcimento punitivo	» 577
EMILIO TOSI	
Dati personali, patrimonializzazione e contratto nei mercati digitali tra GDPR e Codice del consumo	» 591
PATRIZIA ZIVIZ	
Il declino della perdita di <i>chances</i> di sopravvivenza	» 609
ANDREA ZOPPINI	
Autonomia privata e rischio ambientale (contributo allo studio del principio “chi inquina paga”).....	» 619

BIODIRITTO

MARCO AZZALINI	
La relazione tortuosa: intesa e conflitto nel rapporto di cura.....	» 633
LUCIA BUSATTA - CARLO CASONATO - SIMONE PENASA - MARTA TOMASI	
Le “maschere” della vulnerabilità nella cura della persona	» 651
FRANCESCO DONATO BUSNELLI	
Immagini vecchie e nuove della tutela della salute del minore	» 665
ELENA CADAMURO	
Aiuto medico a morire: riflessioni in chiave penalistica	» 679
DAMIANO CANALE	
L'aiuto medico a morire: oltre lo spettro del pendio scivoloso	» 693
STEFANO CANESTRARI	
In difesa della legge n. 219 del 2017 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)*	» 705
GIOVANNI DI ROSA	
Interventi giudiziali e proposte di regolazione in materia di suicidio assistito	» 713
VINCENZO DURANTE	
Quando continuare a vivere diventa intollerabile	» 723
ENRICO ANTONIO EMILIOZZI	
La salute e l'autodeterminazione del paziente nella scelta sulla morte volontaria medicalmente assistita	» 739
ELENA FALLETTI	
Contrasti tra i sanitari e i genitori nel rapporto di cura dei figli minori: una sommaria ricostruzione comparatistica	» 755
MASSIMO FOGLIA	
Elogio della gentilezza (applicata al diritto della relazione di cura).....	» 769
FRANCESCA GIARDINA	
Essere per il diritto. Immagini della condizione umana.....	» 775
ANTONIO GORGONI	
Autodeterminazione, dignità e vita nel suicidio assistito e nell'eutanasia.....	» 791
LAURENCE KLESTA CHABAUD	
<i>Interruption volontaire de grossesse et Constitution: la démarche française</i>	» 813
ARTURO MANIACI	
Dalla relazione di cura alla cura della relazione. Il processo come giuoco e le ADR prese sul serio.....	» 823
GAIA MARSICO	
Accogliere una richiesta di “aiuto a morire” può restituire uno spazio di vita?	» 839
TIZIANA MONTECCHIARI	
Disposizione <i>post mortem</i> del proprio corpo a fini di studio e di ricerca. Riflessioni a margine della legge 10 febbraio 2020, n. 10.....	» 853
ENRICO MOSCATI	
I figli dell'eterologa: una storia senza fine. Il punto della situazione.....	» 865

LUCIANO ORSI	
Le cure palliative come icona di una medicina gentile.....	» 875
ELISABETTA PALERMO FABRIS	
Aiuto medico a morire e non punibilità per i professionisti sanitari.....	» 879
ERICA PALMERINI	
Nuove scelte tragiche nel biodiritto della pandemia.....	» 893
MARIASSUNTA PICCINNI	
Il mantello del diritto nelle cure palliative. Dal “palliativo” non dirimente al “ <i>pallium</i> ” che cura.....	» 905
DEBORA PROVOLO	
I confini della responsabilità penale del medico nel contesto delle c.d. “scelte tragiche”	» 925
MARCO RIZZUTI	
Vita e vitalità: dilemmi antichi e nuovi.....	» 939
DANIELE RODRIGUEZ - ANNA APRILE - PAOLO BENCIOLINI	
La relazione di fiducia nella legge 22 dicembre 2017, n. 219.....	» 947
SANDRO SPINSANTI	
L’etica al letto del malato: una presenza in diverse modalità.....	» 959
INES TESTONI	
Autodeterminazione e dignità. Il punto di vista della psicologia.....	» 971

VOLUME SECONDO

DIRITTO DELLE PERSONE

BENEDETTA AGOSTINELLI	
Minori in rete: l’illusione del consenso e l’equivoco della <i>privacy</i>	» 983
FRANCESCA BARTOLINI	
Transessualismo, persona e famiglia.....	» 1001
ANDREA BELVEDERE	
Paolo Zatti giurista analitico	» 1013
ALBERTO MARIA BENEDETTI	
«Fiduciario» (nelle DAT) e «esecutore» (testamentario): affinità, differenze, integrazioni.....	» 1021
GIOVANNA CAPILLI	
Età del consenso digitale del minore alla luce del GDPR.....	» 1031
GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA	
<i>Guarda de becho</i> e sostegno di fatto. Per un adeguamento interpretativo delle misure di protezione delle persone vulnerabili.....	» 1047
GIUSEPPE CARRARO	
Persona giuridica, società, libertà fondamentali	» 1061

MICHELA CAVALLARO	
Terzo settore: molteplicità di statuti della soggettività e ricadute applicative.....	» 1075
PAOLO CENDON	
L'uomo che voleva punire se stesso	» 1087
MARTA CENINI	
La c.d. legge “dopo di noi”: l'utilizzo degli strumenti fiduciari e di destinazione per la tutela dei soggetti fragili	» 1091
GIOVANNI DE CRISTOFARO	
Il diritto del minore capace di discernimento di esprimere le sue opinioni e il c.d. ascolto fra c.p.c. riformato, convenzioni internazionali e diritto UE.....	» 1099
MARIA VITA DE GIORGI	
Memorie di una Garante del contribuente.....	» 1121
MAURIZIO DI MASI	
Diritto sportivo e bilanciamenti dei diritti fondamentali. Alcune questioni attuali	» 1127
CHIARA FAVILLI	
L'anonimato materno e i limiti della tutela procedimentale dei diritti fondamentali.....	» 1143
GIAMPAOLO FREZZA	
“Diritti di stato della persona”, trascrizione della domanda di revocazione <i>ex art.</i> 2652, comma 1, n. 9- <i>bis</i> e inapplicabilità della relativa disciplina	» 1159
ARIANNA FUSARO	
Il contratto della persona vulnerabile nella prospettiva dei rimedi	» 1169
CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES E SONIA LIDIA QUEQUEJANA MAMANI	
<i>Derecho a la identidad personal: desarrollo y distinción con los derechos del ser humano</i>	» 1193
CLAUDIA IRTI	
La persona anziana: sulla rilevanza giuridica della nozione.....	» 1215
GIOVANNI MARINI	
Intersezionalità: un esercizio di realismo giuridico.....	» 1225
MARISARIA MAUGERI	
Intersezionalità e diritto dei contratti.....	» 1245
ARNALDO MORACE PINELLI	
Curatore speciale e autodeterminazione del minore d'età.....	» 1251
TERESA PASQUINO	
La dignità tra <i>ethos</i> e <i>nomos</i> nel “diritto gentile” di Paolo Zatti	» 1261
FABRIZIO PIRAINO	
L'applicazione diretta dei diritti inviolabili	» 1277
PIETRO RESCIGNO	
L'atto patrimoniale della persona vulnerabile	» 1295
ANNARITA RICCI	
Sistemi reputazionali e libertà del consenso al trattamento dei dati personali.....	» 1297

UMBERTO ROMA	
Accettazione tacita di eredità dell'amministratore di sostegno per il beneficiario incapace?	» 1311
LILIANA ROSSI CARLEO	
I diritti fondamentali dei consumatori tra specificità e complementarietà	» 1321
ROBERTO SENIGAGLIA	
Spunti critici sulla capacità contrattuale del minore.....	» 1331
MICHELE TAMPONI	
Gli enti religiosi nel codice del terzo settore	» 1345
MANUELA TOLA	
Pagamenti digitali e fragilità della persona	» 1359
ANGELO VENCHIARUTTI	
La Convenzione di New York e l'esercizio della capacità legale da parte delle persone con disabilità.....	» 1371
ALBERTO VENTURELLI	
Autodeterminazione e divieto dei trattamenti di conversione	» 1381
FILIPPO VIGLIONE	
Mai più incapaci. Suggestioni spagnole per un nuovo diritto della disabilità	» 1401

DIRITTO DI FAMIGLIA

ENRICO AL MUREDEN	
La funzione compensativa dell'assegno divorzile e la valenza dell'apporto «extra-matrimoniale».....	» 1419
GUIDO ALPA	
La famiglia nell'età postmoderna. Nuove regole, nuove questioni.....	» 1429
GIUSEPPE AMADIO	
Lo scioglimento della convivenza	» 1447
ANTONINA ASTONE	
Il divieto di trascrizione degli atti di nascita dei bambini nati da maternità surrogata	» 1463
FEDERICO AZZARRI	
Rettificazione di sesso e scioglimento imposto dell'unione civile: un'occasione mancata per la Consulta	» 1475
VALERIO BRIZZOLARI	
La famiglia "sovraindebitata"	» 1487
LORENZA BULLO	
Diritto di famiglia, riforme e funzione notarile	» 1505
ENRICO CAMILLERI	
Il nuovo rito delle relazioni familiari, il prisma dell'effettività e i formanti del diritto di famiglia: verso un ordine possibile	» 1529
LISIA CAROTA	
Omogenitorialità e tutela del rapporto con il genitore d'intenzione.....	» 1545

BIANCA CHECCHINI	
Famiglie omoaffettive: dichiarazione di nascita e adozione in casi particolari, un approfondimento	» 1563
MADDALENA CINQUE	
Interferenze tra coniugio e convivenza di fatto	» 1579
ALESSANDRA CORDIANO	
Note in tema di violenze domestiche e di genere nel nuovo processo di famiglia....	» 1597
FRANCESCA CRISTIANI	
I trasferimenti immobiliari tra coniugi nella negoziazione assistita tra forma e sostanza	» 1613
MATTEO DELLACASA	
Una riflessione sulla gestazione per altri: tra accordo e stato	» 1627
VALENTINA DI GREGORIO	
La mediazione familiare nel nuovo processo di famiglia.....	» 1647
GILDA FERRANDO	
Lo stato di figlio nel prisma dell’interesse del minore.....	» 1663
PAOLO GALLO	
Assegni di separazione e divorzio e venir meno dell’arricchimento.....	» 1677
ATTILIO GORASSINI	
Gli adulti adulterati e la fame di “famiglia”. Il nuovo cannibalismo dell’antropocene ...	» 1691
GIOVANNI IORIO	
Appunti per una riforma delle adozioni in Italia	» 1703
LEONARDO LENTI	
Rileggendo, 40 anni dopo, i rapporti fra i coniugi e la separazione personale di Paolo Zatti.....	» 1717
MANUELA MANTOVANI	
Sullo <i>status</i> dei bambini nati da gestazione per altri all’estero. <i>Nilhil novi?</i> Riflessioni a margine di Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162.....	» 1727
MARIA ROSARIA MARELLA	
Fra modernizzazione e tradizione: l’ingresso della responsabilità civile nelle relazioni familiari.....	» 1753
FRANCESCA NADDEO	
Crisi coniugale ed accordi preventivi.....	» 1773
SALVATORE PATTI	
Norme in tema di «violenza domestica o di genere». Prime osservazioni	» 1789
ENRICO QUADRI	
Il principio contributivo tra fisiologia e patologia della vita familiare	» 1795
SILVIO RIONDATO	
“Persona comunque convivente” e legalità penale, nell’album di “famiglia” del delitto di maltrattamenti (art. 572 c.p.).....	» 1809
FILIPPO ROMEO	
Fenomeni migratori, tutela del minore e diritto all’unità familiare	» 1825

UGO SALANITRO	
Riflessioni sistematiche su una proposta di riforma della disciplina dell'assegno divorzile.....	» 1839
FRANCESCO SANGERMANO	
Famiglia e giuridicità. Da isola lambita dal mare del diritto a “fonte” ispiratrice della norma giuridica.....	» 1849
MICHELE SESTA	
Persona del minore e rapporti di coppia nella riforma dei processi familiari	» 1857
ARIANNA THIENE	
Dalla parte delle famiglie per un diritto minorile gentile	» 1867
STEFANO TROIANO	
Il diritto allo stato di figlio e il problema della sua effettività	» 1885

LE “MASCHERE” DELLA VULNERABILITÀ NELLA CURA DELLA PERSONA

SOMMARIO: 1. Dall'ampiezza semantica della definizione di vulnerabilità alle esigenze di protezione della persona. – 2. L'età anziana come situazione frequente di vulnerabilità. – 3. Vulnerabilità e stranieri. – 4. La dignità fra le mura: persona, relazione di cura, dignità tra bioetica e biodiritto. – 5. Conclusioni: maschere vulnerabili e diritto.

1. *Dall'ampiezza semantica della definizione di vulnerabilità alle esigenze di protezione della persona*

Il concetto di vulnerabilità non è semplice da inquadrare e il termine non è facile da definire. Si tratta di una nozione polisemica, che trova applicazione in diversi contesti, senza che ad essa si possa attribuire un significato puntuale e univoco¹. Negli anni più recenti, inoltre, il campo semantico di questa parola sembra aver subito una “estensione vertiginosa”².

Certamente, la condizione di chi è vulnerabile, in via di prima approssimazione, è quella di chi è esposto a un rischio e non è in grado di difendersi dai danni che il rischio può provocare³. Si tratta, tuttavia, di una spiegazione non del tutto soddisfacente, che richiede quantomeno un'ulteriore specificazione. La condizione di vulnerabilità, infatti, può essere scomposta in due dimensioni⁴. La prima è quella riferibile all'ontologia stessa della persona e rimanda a una caratteristica universale della condizione umana: l'essere umano è, in quanto tale, vulnerabile. La seconda dimensione, invece, è più specifica e consente di interpretare la vulnerabilità come un elemento variabile, situazionale, legato a contesti, a momenti della vita individuale e alle diverse modalità in cui si articolano le relazioni intersoggettive⁵. In questa accezione, quindi, la vulnerabilità si frange in

* Lucia Busatta è ricercatrice t.d. di diritto costituzionale, Università degli Studi di Trento, Carlo Casonato è Professore ordinario di diritto costituzionale comparato, Università degli Studi di Trento, Simone Penasa è Professore associato di diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Trento, Marta Tomasi è ricercatrice t.d. di diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Trento. Pur nella condivisione dei contenuti dello scritto, i paragrafi sono così attribuiti: par. 1 a Marta Tomasi, par. 2 a Lucia Busatta, par. 3 a Simone Penasa, par. 4 a Carlo Casonato. Il par. 5 è frutto delle riflessioni condivise degli autori.

¹ DUNN - CLARE - HOLLAND, *To empower or to protect? Constructing the 'vulnerable adult' in English law and public policy*, in *Legal Studies*, 28, 2008, 234-254. In termini più ampi si vedano i contributi di RESTA, MAGNI, RODOTÀ, ZATTI, VERONESI, pubblicati in, *Il governo del corpo*, a cura di CANESTRARI, FERRANDO, MAZZONI, RODOTÀ e ZATTI, nel *Trattato di biodiritto* diretto da Rodotà e Zatti, t. I, Giuffrè, 2011, 3 ss.

² Così PASTORE, *Vulnerabilità situata e risposte alle vulnerazioni*, in *Etica & Politica*, XXII, 2020, 283-291.

³ Alcune definizioni del concetto di vulnerabilità sono offerte da HERRING, *Vulnerable adults and the law*, Oxford University Press, 2016.

⁴ FINEMAN, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in *Yale Journal of Law and Feminism*, 2008, 20(1), 8-10.

⁵ PASTORE, *Vulnerabilità, diritto, ragionamento giuridico*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, NS, 2022, 1-18.

una pluralità di caratteristiche che definiscono la persona, connotandola nei termini di forme di vulnerabilità qualificata.

Per quanto concerne il discorso giuridico, a queste due dimensioni della vulnerabilità si rivolgono, integrandosi, diverse fonti del diritto.

Il testo della Costituzione italiana, pur contenendo riferimenti specifici ad alcune categorie di soggetti che, in quanto vulnerabili, sono meritevoli di un livello qualificato di protezione⁶, adotta, più in generale, un approccio comprensivo, incentrato sul concetto di persona, e assegna alla Repubblica, tra i suoi compiti prioritari, quello di costruire e attuare un programma di giustizia sociale volto al superamento delle disuguaglianze, alla liberazione dalla condizione di bisogno e al pieno sviluppo della personalità⁷. Non sono, dunque, le singole figure della vulnerabilità ad essere dotate di rilievo costituzionale, ma è la condizione svantaggio, generalmente intesa, a godere di considerazione e a richiedere l'impegno dei poteri pubblici.

La legislazione – e non solo quella nazionale – è invece il luogo in cui emergono con più evidenza le singole figure della vulnerabilità: la legge riconosce le condizioni di rischio e le nomina⁸. Se si osservano da vicino i fattori isolati da varie norme di legge – come ad esempio l'età, il genere, la razza, la disabilità, lo stato economico o sociale – ci si accorge del fatto che il concetto giuridico di vulnerabilità è, in parte, legato a caratteristiche intrinseche della persona e, in parte, a strutture di potere che, in molti casi, contribuiscono a determinare o acuire la condizione di rischio.

Fra tutte le categorie di soggetti che l'ordinamento riconosce come vulnerabili, ne esiste una trasversale, che può potenzialmente interessare chiunque, avendo a che fare con la dimensione della corporeità, che costituisce una delle radici non trascendibili della vulnerabilità⁹. Si tratta della condizione del paziente all'interno della relazione di cura, uno spazio ove fragilità e vulnerabilità trovano terreno fertile, radicandosi nell'asimmetria dei ruoli e delle competenze.

Passando ad un secondo ordine di riflessioni, va registrato come, negli ultimi decenni, gli studi e le elaborazioni della bioetica e del biodiritto si siano orientati nel senso dello scardinamento e del superamento del modello paternalistico, che imponeva il medico quale esclusivo protagonista delle scelte in ambito sanitario, e del conseguente rafforzamento della posizione della persona coinvolta, del paziente, quale titolare delle decisioni relative alla propria salute¹⁰.

Questa traiettoria di progressiva affermazione del principio di autodeterminazione in ambito sanitario non sembra, però, essersi sviluppata in maniera uniforme, là dove alla condizione primigenia di vulnerabilità del paziente nella relazione di cura se ne assumino altre, più specifiche.

⁶ I riferimenti più ovvi sono alla maternità e all'infanzia (art. 31 Cost.) o ad alcune categorie di stranieri (art. 10 Cost.).

⁷ AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di L. Elia*, I, Giuffrè, 1999.

⁸ A mero titolo esemplificativo, si pensi alla legge 5 febbraio 1992, n. 104, Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate, alla legge 10 dicembre 2012, n. 219, Riforma della filiazione, ma anche la legge 7 aprile 2017 n. 47, Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati.

⁹ Letimologia stessa del termine "vulnerabilità" rimanda proprio al *vulnus*, alla ferita fisica. Si v. MARAGNO, *Alle origini (terminologiche) della vulnerabilità: vulnerabilis, vulnus, vulnerare*, in *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, a cura di GIOLO e PASTORE, Carocci, 2018, 18.

¹⁰ Che si oppone, secondo Paolo Zatti, alla distinzione tra il «paternalismo e la cultura della dignità» (ZATTI, *Un diritto diverso? C'è già*, in *Resp. med.*, 2017, 1, 165-171).

Quindi, se in via generale, si è assistito a un progressivo rafforzamento della posizione del paziente adulto, cittadino italiano e libero, lo stesso processo non ha sempre interessato alcune categorie di pazienti in condizione di vulnerabilità qualificata. In una prospettiva intersezionale, lo stratificarsi di plurimi livelli di vulnerabilità sembra in taluni casi compromettere la capacità dello stato di garantire protezione e di rispettare l'autonomia, che invece la condizione di malattia, di per sé, consente di mantenere invariata. La condizione del paziente minore, del paziente anziano o disabile, del paziente detenuto e del paziente straniero mostrano, almeno in taluni casi, i rischi che la condizione di vulnerabilità tutt'oggi reca con sé.

Infatti, un pericolo deriva dalla categorizzazione delle vulnerabilità e quindi dalla creazione di gruppi vulnerabili: il rischio, in questi casi, è che la condizione di vulnerabilità venga automaticamente estesa a tutti gli appartenenti alla categoria, senza che vi sia spazio per considerazioni individualizzate, in grado di valorizzare la capacità di autodeterminarsi¹¹. L'esempio più eloquente, in questo senso, è quello dei minori, che sono generalmente considerati pazienti non in grado di prendere decisioni in maniera autonoma. In queste situazioni, il riconoscimento della situazione di vulnerabilità si traduce in una prevalenza – acriticamente applicata – di istanze protettive su quelle di promozione dei diritti di autodeterminazione della persona¹².

In queste pagine analizzeremo, dunque, i casi di alcuni gruppi di pazienti particolarmente vulnerabili, per comprendere se e come sia possibile contrastare questa "espropriazione di fatto delle persone in stato di debolezza"¹³, impiegando la categoria della vulnerabilità come una possibile risorsa, volta alla valorizzazione della persona e delle sue specificità. Mentre in riferimento ai minori la riflessione è stata avviata già da anni (pur senza arrivare a veri e propri cambiamenti di paradigma), per altri gruppi la riflessione pare ancora meno matura.

2. *L'età anziana come situazione frequente di vulnerabilità*

Una situazione paradigmatica di vulnerabilità nella relazione di cura è quella della persona anziana, soprattutto a motivo dell'impossibilità di ridurre una categoria, per propria natura estremamente disomogenea, ad un *unicum*. Le condizioni di vulnerabilità in cui si trova l'anziano possono, infatti, variare molto e tale aspetto rende la categoria degli anziani, così come quella delle persone con disabilità, molto eterogenea e difficilmente gestibile con interventi uniformi da parte del diritto.

In generale, anche per l'allungamento della vita e per una serie di fattori collegati, ad esempio, al progressivo decadimento fisico o cognitivo e all'insorgenza di malattia croniche, è frequente che l'ordinamento giuridico si debba occupare della fragilità dell'anziano, intervenendo con prestazioni, con strumenti di tutela e di supporto alle

¹¹ In questo senso «[T]he concept of vulnerability stereotypes whole categories of individuals, without distinguishing between individuals in the group who indeed might have special characteristics that need to be taken into account and those who do not. Particular concerns have been raised about considering all poor people, all pregnant women, all members of ethnic or racial minorities, and all people with terminal illness as inherently vulnerable» (LEVINE *et al.*, *The limitations of "vulnerability" as a protection for human research participants*, in *American Journal of Bioethics*, 2004, 2, 45).

¹² In argomento cfr. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, Cedam, 2007; LAMARQUE, *Prima i bambini: il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, 2016.

¹³ ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Giuffrè, 2009, 143.

figure (familiari o meno) che agli anziani assicurano assistenza¹⁴. Analoghe considerazioni possono essere sviluppate con riguardo all'universo delle disabilità, nel quale – in modo simile a quanto accade nell'età anziana – possono sommarsi condizioni fisiche a condizioni cognitive, oppure ad una complessiva sufficienza di funzioni organiche può accompagnarsi qualche difficoltà di comprensione, psichica o relazionale, o viceversa.

Tale eterogeneità di bisogni, da un lato, determina l'esigenza d'intervento da parte del diritto e, d'altro canto, incide sulle modalità di garanzia e sugli strumenti attivabili, che devono essere previsti con un grado di sufficiente elasticità per poter essere adattati alla variabilità delle situazioni e, al contempo, dimostrarsi idonei a soddisfare una pluralità di esigenze. Al diritto si chiede – per dirla con le parole di Paolo Zatti – una «politica delle fragilità», che includa un «diritto *delle* fragilità – dei diritti delle persone fragili, anzi dei diritti di ciascuna persona nella sua propria, concreta, unica fragilità»¹⁵.

Le multiformi declinazioni della relazione di cura e dei bisogni di persone vulnerabili, come anziani e disabili, nel momento in cui si manifesta l'esigenza di assistenza sanitaria, sono funzionali a evidenziare il ruolo di protezione e garanzia esercitato da un «Diritto gentile», capace di accompagnare, pur con mano sicura, la persona, senza imbrigliare le fragilità entro schemi giuridici eccessivamente rigidi. In questi ambiti, tanto delicati, poiché tanto inerenti alla dimensione più intima e interiore della vita umana, dunque, standardizzazione, uniformità, requisiti e articolate procedure dovrebbero lasciare spazio alla ragionevolezza di un diritto pensato *per* le persone, in funzione garantista e nel solco di un pieno invero del principio di cui all'articolo 2 della Costituzione.

Due conquiste legislative del nostro ordinamento, due riforme ampiamente attese e necessarie, aderiscono efficacemente a questo modello e ne svelano le potenzialità: la legge sull'amministrazione di sostegno, n. 6 del 2004, e la legge sulla relazione di cura, n. 219 del 2017, dimostrano come buoni strumenti giuridici possano essere costruiti a partire dall'individuazione dei bisogni cui andare incontro e immaginati per essere cuciti – come abiti su misura – direttamente intorno alla persona che ne abbisogna¹⁶.

Con specifico riguardo alla relazione di cura e alla sua straordinaria capacità di attagliarsi alla multiformità delle situazioni concrete, alcuni esempi possono contribuire a mettere a fuoco la ricchezza della legge n. 219 del 2017 e la sua particolare attenzione alle vulnerabilità dell'età anziana. Se per ogni trattamento sanitario, terapeutico o diagnostico, è richiesta una completa, aggiornata, chiara e comprensibile comunicazione da parte del medico, per consentire al paziente di comprendere la situazione e scegliere se aderire consapevolmente alla proposta ricevuta, sono previsti una serie di correttivi nel caso in cui, a causa di malattia, cronica o contingente, la costruzione specifica di questa relazione non sia possibile.

Il vero punto di forza rappresentato dalla legge n. 219 del 2017, in questo senso, consiste nell'esser riuscita ad abbracciare tutte quelle situazioni in cui la perdita della capacità – secondo le rigide e tradizionali categorie del diritto privato – non si accom-

¹⁴ A dimostrazione della rilevanza del tema, nella prospettiva della tutela delle vulnerabilità, si segnala la crescente attenzione del dibattito giuridico intorno a questi temi. Senza pretese di completezza cfr. CASCIONE, *Il lato grigio del diritto. Invecchiamento della popolazione e tutela degli anziani in prospettiva comparatistica*, Giappichelli, 2022; TAMPONI, *Nel diritto della terza età*, Rubettino, 2022; Scola, *Il consenso informato del paziente anziano*, in *Familia*, 2022, 2, 197 ss.

¹⁵ ZATTI, *L'intendance suivra...?*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2021, 1, 182.

¹⁶ La metafora "sartoriale" è di CENDON, *Persone fragili, diritti civili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 173.

pagna necessariamente ad un venir meno della volontà e dei modi della sua espressione. Analogamente, il legislatore ha trovato un modo «gentile» per far sì che, a prescindere dal fatto che la persona possa effettivamente esprimere il proprio consenso, le sue volontà (presenti o manifestate in precedenza) siano tenute in considerazione e vengano rispettate da parte di coloro che della cura della persona – intesa nella sua interezza – si devono occupare.

Quanto al primo aspetto, si ponga mente a ciò che è previsto, pur in modo forse perfettibile, dall'articolo 3 della legge: tanto con riguardo all'interdetto, quanto in riferimento all'inabilitato o al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, è posto l'obbligo di tenere in considerazione, ove possibile, la sua volontà e, in ogni caso, di decidere «avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita della persona nel pieno rispetto della sua dignità». Pur mantenendo, dunque, fisso il riferimento al ruolo esercitato dai rappresentanti legali della persona della quale sia stata accertata la perdita, totale o parziale, della capacità, l'inveramento del principio personalista che anima la l. n. 219/2017 favorisce la valorizzazione delle volontà e, in ogni caso, il rispetto della dignità delle persone che per età, condizione clinica o psichica non possono più esercitare validamente il consenso in autonomia.

Quanto al secondo profilo, è il tessuto complessivo della legge ad indicare la direzione della valorizzazione della persona e della sua volontà, anche oltre una ridotta, momentanea o parziale capacità: a mente dell'articolo 1, comma 3, «ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile [...]», senza alcuna distinzione – potremmo aggiungere – rispetto alla condizione individuale, cronica o contingente che sia. Il diritto del paziente all'informazione, alla verità e alla comunicazione, in altre parole, costituisce il perno della relazione di cura e alimenta la valorizzazione della persona, anche nelle situazioni in cui una maggiore vulnerabilità porterebbe ad escluderla. Porre al centro la dignità della persona significa, nello spirito del legislatore del 2017, saper declinare l'informazione e la comunicazione anche in funzione di una condizione di non piena presenza che, tuttavia, non esclude l'umanità, la dignità e la capacità di manifestare (anche in modo non verbale) la propria volontà.

Paolo Zatti ne ha trattato in modo profetico in un saggio del 2003, *Il tragico caso di Carmelo P. (spunti in tema di limitata capacità di fatto)*¹⁷, ove evidenzia quanto il mancato ascolto della volontà manifestata da un anziano vulnerabile, in una situazione di ridotta capacità, determini sofferenze che ne ledono la dignità, in un momento cruciale e delicato come quello nel quale si avvicina la fine del percorso di vita della persona. A tale riguardo, con specifica attenzione alla condizione dell'età anziana, Zatti evidenzia come sia proprio il momento di maggiore vulnerabilità della persona anziana a richiedere una maggiore attenzione, ascolto e rispetto: «l'espropriazione di fatto delle persone in situazione di debolezza, in particolare degli anziani, della dignità di sapere ciò che loro accade, di reagire con quanto rimane delle proprie risorse, di essere trattate come persone la cui vita e la cui morte riguarda anzitutto loro stesse»¹⁸. La brutalità che corrisponde alla «congiura dei silenzi» o alla scelta di mettere da parte l'anziano, proprio perché vulnerabile, ne annienta la dignità. Giuridicamente, ci ricorda l'autore, si tratta di un «insulto al valore della personalità».

¹⁷ ZATTI, *Il tragico caso di Carmelo P. (spunti in tema di limitata capacità di fatto)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 2, 315, ss., ora ripubblicato in ZATTI, *Maschere del diritto e volti della vita*, cit., 131 ss.

¹⁸ ZATTI, *Maschere del diritto e volti della vita*, cit., 143.

La legge, da questo punto di vista, è attenta e gentile: rientra fra le scelte possibili per la persona la possibilità di rinunciare a ricevere le informazioni e delegare un altro (la persona di fiducia) e riceverle in propria vece.

Ancora, gli strumenti della legge per proiettare il consenso nel tempo, le disposizioni anticipate di trattamento e la pianificazione anticipata delle cure, corrispondono all'intento di valorizzare, anche oltre la perdita della capacità e oltre il decorso tragico, immediato o progressivo, della malattia, la volontà e la dignità della persona. Particolarmente con riguardo alle condizioni dell'anziano, nel quale sovente la cronicità consente di prevedere il progressivo decadimento fisico e cognitivo, scegliere anticipatamente e avere la garanzia che tali volontà saranno rispettate, poiché vincolanti per i medici, rappresenta uno strumento efficace a tutela della dignità e per la protezione delle fragilità che tanto caratterizzano i nostri tempi.

3. *Vulnerabilità e stranieri*

Vulnerabilità e condizione giuridica dello straniero rappresentano questioni di interesse per il diritto che sono destinate a trovare ampi ambiti di sovrapposizione e relazione. Se, come abbiamo sottolineato in apertura, la vulnerabilità rappresenta una caratteristica universale della persona, la sua relazione con lo *status* di straniero in un determinato ordinamento giuridico ne può esprimere declinazioni particolarmente rilevanti, dal punto di vista tanto sociale e personale, quanto giuridico e politico. Evidentemente, anche in relazione al concetto di vulnerabilità deve essere considerata la natura giuridica multidimensionale della categoria di "straniero", all'interno della quale coesistono situazioni giuridiche soggettive differenziate: tra le altre, la persona straniera titolare di un permesso di soggiorno, quella richiedente o titolare di protezione internazionale, infine la persona straniera irregolarmente presente sul territorio nazionale. Dal punto di vista delle caratteristiche evidenziate nell'introduzione di questo contributo, di particolare rilievo può risultare un breve approfondimento relativo alle declinazioni che l'idea di vulnerabilità può concretamente assumere, quando associata a una persona straniera. Evidentemente la natura potenzialmente "intersezionale" di tale concetto emerge in tale ambito in modo paradigmatico e quasi strutturale, dovendosi rifuggire al contempo da una categorizzazione automatica quale "vulnerabile" di tutte le persone appartenenti alla categoria di "straniero".

In tal senso, la vulnerabilità della persona straniera può risultare da motivi contestuali, i quali si riferiscono alle concrete condizioni della persona in quanto tale, prima e oltre al suo *status* di straniero. Un esempio può essere individuato negli stranieri, i quali – per motivi economici o personali (ad esempio, minore età, disabilità) – vengono a trovarsi in una condizione di bisogno che richiede da parte dell'amministrazione un sostegno, economico o di altra natura (si pensi ad esempio all'accesso all'edilizia residenziale pubblica o a servizi di assistenza sanitaria o sociale). In questi casi, la vulnerabilità non deriva dallo *status*, ma dal contesto economico, sociale e familiare nel quale la persona è inserita e, quindi, non può sopportare – e giustificare – trattamenti differenziati che si fondino su motivi ulteriori e non connessi agli obiettivi di assistenza socio-economico che costituiscono la ratio dell'intervento pubblico. La qualità di "straniero" della persona bisognosa non può *ex se* giustificare, né direttamente né indirettamente (ad esempio, attraverso la previsione di criteri di accesso alle prestazioni relativi alla durata

della residenza sul territorio statale o regionale), trattamenti differenziati che risultino finalizzati – anche solo in modo potenziale e involontario – ad escluderla dal godimento delle prestazioni offerte a livello locale o nazionale. Si tratterebbe di una condizione di vulnerabilità, rispetto alla quale le garanzie di non discriminazione *ex art. 3 Cost.* devono essere attivate in modo pieno, al fine di evitare una irragionevole disparità di trattamento rispetto a tutti i soggetti, stranieri o italiani che siano, nell’accesso a prestazioni socio-assistenziali finalizzate a soddisfare bisogni essenziali della persona¹⁹.

La condizione di vulnerabilità, in questi casi, risulta solo potenziale e non derivante in modo automatico all’appartenenza a una determinata categoria sociale o a una condizione, quale l’essere straniero: ciò che si “richiede”, quindi, non è la predisposizione di garanzie speciali o ulteriori, finalizzate a ridurre o gestire una condizione strutturale – identitaria o esistenziale – di fragilità, quanto piuttosto l’eliminazione di fattori – sociali o normativi, come nel caso appena proposto – che possono risultare in cause di discriminazione diretta o indiretta che impediscono l’accesso a provvidenze o servizi predisposti al fine dare supporto a persone in condizioni di vulnerabilità economica, sociale, familiare, o di altro tipo. Vulnerabilità come espressione di uguaglianza, quindi.

Un caso parzialmente diverso è rappresentato da quelle situazioni di vulnerabilità, interne alla categoria composita e caleidoscopica di “straniero”, che vengono inquadrare dal punto di vista giuridico come “di gruppo”, connesse in modo pressoché automatico all’appartenenza – o alla classificabilità – all’interno di una determinata categoria di straniero. Il caso tipico è rappresentato dalle persone richiedenti protezione internazionale, in quanto essi apparrebbero a un «particularly underprivileged and vulnerable population group in need of special protection», rispetto al quale la vulnerabilità rappresenta «an inherent attribute of an entire class» (Corte EDU, M.S.S. c. Belgio e Grecia²⁰).

La categoria delle persone richiedenti protezione internazionale esprime in modo paradigmatico anche il concetto di “vulnerabilità intersezionale”, in quanto queste ultime si trovano esposti lungo le rotte migratorie a una molteplicità di fattori potenziali di isolamento sociale, discriminazioni, cattive condizioni di salute o deprivazioni economiche²¹. Sarebbe quindi una condivisa «posizione di radicato svantaggio vissuta dai cittadini nello Stato di destinazione» a richiedere alle autorità nazionali competenti di approntare specifiche, speciali e ulteriori misure di garanzia e tutela nei confronti della persona, una volta che quest’ultima sia stata sussunta alla categoria sociale e giuridica di richiedente protezione internazionale. I fattori di vulnerabilità giustificano e richiedono una governance *ad hoc* da parte dei pubblici poteri, rappresentando al contempo i motivi che possono legittimare l’attribuzione di uno degli status associati alle forme di protezione internazionale riconosciute a livello europeo. A testimonianza della complessità di tale concetto, in particolare quando declinato in termini giuridici, è possibile individuare speciali categorie di richiedenti protezione che, per condividere caratteristiche di speciale fragilità, richiedono corrispondenti livelli ulteriori – specifici – di protezione e promozione: è quanto accade, ad esempio, alle persone minori, vittime di tratta o anziane, nelle quali pertanto si sommano fattori multipli di potenziale vulnerabilità che fanno sorgere speciali doveri di protezione. Infine, una caratteristica ulteriore dell’approccio alla vulne-

¹⁹ *Ex plurimis*, da ultimo nella giurisprudenza della Corte cost., 20.4.2023, n. 77.

²⁰ *Ex plurimis*, richiama tale giurisprudenza SCISSA, *Il Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo dalla prospettiva della vulnerabilità: un’occasione mancata*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2021, 358.

²¹ MENDOLA - PERA, *Vulnerability of refugees: Some reflections on definitions and measurement practices*, in *International Migration*, 2022, 60, 109 ss.

abilità in tale contesto è rappresentato dal fatto che la gestione di tale situazione non può svolgersi solo in termini reattivi, con l'obiettivo di proteggere la persona da fattori apparentemente ineliminabili di fragilità, ma deve concretizzarsi anche in azioni e politiche finalizzate alla "liberazione" della persona dagli effetti distorsivi di tali fattori, in termini di autonomia personale, integrazione sociale e valorizzazione della propria identità.

Nella prospettiva del diritto alla salute, vulnerabilità e stranieri evidentemente non esprimono una relazione automatica, dovendosi procedere per una valutazione caso per caso della concreta condizione psico-fisica del singolo straniero²². Si potrebbe in questo caso parlare di una vulnerabilità potenziale e intersezionale, la cui determinazione richiede da parte delle autorità la predisposizione di specifiche garanzie procedurali: un esempio paradigmatico è riferibile ancora una volta agli stranieri che raggiungono i confini statali, dopo aver percorso tratte in condizioni precarie e di potenziale esposizione a rischi e pericoli, rispetto ai quali devono essere predisposte specifiche procedure e adottate misure di prima accoglienza all'interno delle quali è previsto anche un preliminare accertamento della condizione di salute psico-fisica della persona²³. Quest'ultima deve avvenire a prescindere da una preventiva valutazione delle ragioni dell'arrivo e di una conseguente attribuzione preliminare di uno status giuridico (ad esempio, migrante economico, irregolare, richiedente protezione internazionale).

In termini generali, ed inevitabilmente parziali, la vulnerabilità dello straniero per motivi di salute può assumere inoltre diverse declinazioni.

Di particolare interesse risultano quei casi in cui tale condizione può esprimere una esigenza di tutela minima della condizione di salute dello straniero, la quale deve essere assicurata a prescindere dallo *status* concretamente attribuito alla persona, come accade per la garanzia delle prestazioni sanitarie «urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative» (art. 35, TU immigrazione) anche agli stranieri irregolarmente presenti sul territorio nazionale²⁴. Al fine di assicurare l'effettività di tale tutela, l'ordinamento predispone una serie di misure che impediscano di esporre lo straniero irregolare che richieda prestazioni mediche al rischio di essere trattenuto e successivamente espulso: si tratta, nelle parole della Corte costituzionale, di assicurare a tutti «un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto»²⁵. In tali casi, alla luce di una valutazione che deve essere riservata al medico responsabile del trattamento, lo straniero presente, anche irregolarmente, nello Stato ha diritto di fruire di tutte le prestazioni che risultino indifferibili e urgenti, secondo i criteri indicati dall'art. 35, comma 3 citato, trattandosi di un diritto fondamentale della persona²⁶.

L'impatto sulla condizione umana, sociale e giuridica della persona straniera rappresenta pertanto un punto di osservazione privilegiato al fine di comprendere la com-

²² In generale sul tema, *ex plurimis* CORSI, *Il diritto alla salute alla prova delle migrazioni*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, 1, 45-75; ROSSI - BIONDI DAL MONTE, *Immigrazione e diritto alla salute*, in *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, a cura di CHIEFFI, Mimesis, 2012, 97-118.

²³ Cfr. GALICZ, *One Health, One Society: Il diritto alla salute quale presupposto per il diritto di asilo*, in *Corti Supreme e salute*, 2022, 3, 1-26.

²⁴ *Ex plurimis*, PITINO, *Quarant'anni (e più) di tutela della salute degli stranieri in Italia (dalla legge n. 833/1978 istitutiva del Servizio sanitario nazionale al d.l. "sicurezza" n. 113/2018)*, in *Corti Supreme e salute*, 2018, 3, 11 ss.

²⁵ Corte cost., 17.07.2001, n. 252.

²⁶ *Ibidem*. Cfr. SCARLATTI, *Soggetti deboli, Costituzione ed istanze della vulnerabilità*, in *Rivista "Gruppo di Pisa"*, 2023, 1, 272, parla di una «(...) relazione esclusiva con l'invulnerabilità della dignità umana».

plexità concettuale del concetto di vulnerabilità, evidenziandone al contempo la densità di potenziali effetti normativi per e sulla persona.

4. *La dignità fra le mura: persona, relazione di cura, dignità tra bioetica e biodiritto*

Fra le multiformi declinazioni della vulnerabilità della relazione di cura, una che merita di essere indagata, anche a motivo di recenti episodi che hanno animato il dibattito pubblico, politico e giuridico, è quella relativa alla tutela della salute del detenuto. Il tema non è nuovo alla riflessione bioetica e biogiuridica: nell'ultimo decennio è stato affrontato ampiamente dal Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB)²⁷, in una logica che fa emergere una significativa corrispondenza fra i principi bioetici, quelli deontologici e quelli giuridico-costituzionali²⁸. Il fatto che alcune questioni siano affrontate ripetutamente a distanza di anni dimostra, peraltro, come vi sia ancora un preoccupante ritardo nel riuscire a dare alle raccomandazioni menzionate una concreta efficacia applicativa²⁹.

Con riguardo ai più recenti avvenimenti, possiamo qui ricordare la *Risposta a quesiti posti dal Ministero della Giustizia* (6 marzo 2023), avente ad oggetto l'estensione da riconoscere al consenso informato e all'aiuto al suicidio delle persone in regime di detenzione³⁰. Nonostante non se ne menzioni il nome, è chiaro come al centro della richiesta si ponga lo sciopero della fame che Alfredo Cospito ha intrapreso come lotta contro il 41 *bis* c.p. Rispondendo ai quesiti, i componenti del CNB hanno condiviso dieci punti iniziali, dividendosi poi in tre distinte posizioni (A, B, C), con l'astensione, inoltre, di tre componenti. Fra i profili condivisi, almeno formalmente, si riconosce come le limitazioni ai diritti delle persone in carcere debbano essere strettamente connesse alle finalità detentive; come lo sciopero della fame esprima una libertà morale che va sempre pienamente rispettata; come il principio del consenso informato ai trattamenti sanitari (legge 219/2017) non soffra di riduzioni o peculiarità legate al regime di detenzione. A fronte di queste considerazioni, che allineano principi etici e dato costituzionale, si aggiunge, però, l'affermazione secondo cui chi fa lo sciopero della fame «si trova in una situazione differente da quella del malato che rinuncia a terapie salvavita» e come occorra affrontare il delicato problema di «ciò che è doveroso fare nel momento in cui un detenuto in sciopero della fame dovesse perdere conoscenza o sopravvenisse un imminente pericolo di vita senza poter esprimere decisioni consapevoli». Rispetto a questo profilo – come

²⁷ Tra i principali pareri, vanno menzionati COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *La salute dentro le mura*, 27 settembre 2013, ID., Covid-19: salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale, 28 maggio 2020; ID., *Vulnerabilità e cura nel welfare di comunità. Il ruolo dello spazio etico per un dibattito pubblico*, 10 dicembre 2021; ID., *Salute mentale e assistenza psichiatrica in carcere*, 22 marzo 2019; nonché ID., *Il suicidio in carcere. Orientamenti bioetici*, 25 giugno 2010.

²⁸ Per una lettura complessiva del dato da parte della Corte costituzionale, cfr. PICCIONE, *Deistituzionalizzazione, libertà personale e diritto alla salute*, in *BioLaw Journal*, 2022, 4, 67-85. Una prevalente corrispondenza, con alcune specificità, nel diritto generato dalla CEDU, su cui ZAGREBELSKY, *Biodiritto e detenzione. Orientamenti della Corte europea dei diritti umani sui diritti dei detenuti*, in *BioLaw Journal*, 2022, 4 23. Cfr. anche alcune considerazioni già esposte più diffusamente in CASONATO, *Salute e carcere: la posizione del CNB*, in *Salute e carcere*, a cura di FORNASARI e MENGHINI, in corso di pubblicazione.

²⁹ Ancora attuali, molte delle considerazioni in CORLEONE - PUGIOTTO, *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Futura, 2012. Cfr., ora, RUOTOLO, *Il sistema penitenziario e le esigenze della sua innovazione*, in *BioLaw Journal*, 2022, 4, 34.

³⁰ Le considerazioni successive riprendono quanto più estesamente sostenuto in CASONATO - PUGIOTTO, *Il "caso Cospito" come sineddoche e il controverso parere del CNB*, in corso di pubblicazione su *Quaderni costituzionali*.

anticipato – il CNB si è diviso in tre posizioni; quattro se si considerano le astensioni. Una maggioranza di diciannove componenti (quasi tutti quelli di “nuova” nomina più due che sedevano nel comitato nei precedenti mandati: posizione A) pare allinearsi agli orientamenti che le attuali forze al governo avevano invano sostenuto contro l’approvazione della legge 219 in tema di consenso informato. Nel far ciò, però, la posizione adottata un approccio che presenta evidenti debolezze in punto di coerenza, di inquadramento giuridico e di logica.

Una prima incoerenza del documento si registra rispetto a quanto sostenuto (all’unanimità) sull’assenza di limiti giuridici ed etici alla libertà del carcerato che non siano connessi alle finalità detentive e riguarda la ritenuta e generica «difficoltà di avere la certezza che il detenuto sia pienamente consapevole degli effetti del suo rifiuto di alimentarsi». Tale presunzione, contestata dalla posizione di minoranza (B) e pienamente smentita nel caso di Cospito, ad esempio, conduce la maggioranza a sostenere che, sul piano etico, il medico non sarebbe esonerato, «nel caso di imminente pericolo di vita e quando il detenuto non sia in grado di esprimere la sua volontà, dal porre in essere tutti gli interventi atti a salvare la vita». Tale acrobazia interpretativa, che poggia sulla necessaria contestualità della manifestazione di volontà rispetto al verificarsi della situazione critica, esclude, in realtà, la validità di qualsiasi strumento che permetta una scelta anticipata (come le disposizioni anticipate di trattamento, DAT, o la pianificazione condivisa delle cure, PCC), in totale antitesi con il contenuto e lo spirito della legge n. 219 del 2017.

Fortemente incoerente, in secondo luogo, pare anche il riferimento al Codice di deontologia medica, in cui si dimentica che l’art. 53, che vieta al medico di assumere o collaborare «a procedure coattive di alimentazione o nutrizione artificiale», trova la sua origine proprio nei casi in cui persone detenute rifiutavano di nutrirsi. A questo riguardo, è significativo registrare come il rappresentante della Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici, dei Chirurghi e degli Odontoiatri (FNOMCeO) non abbia aderito alla posizione di maggioranza, ma – vedremo – a quella di minoranza (B).

Anche sul piano dell’inquadramento giuridico, la posizione di maggioranza suscita forti perplessità. Anzitutto, essa fraintende la logica delle DAT quando dà per scontato che quelle siano lo strumento utilizzato dai detenuti in sciopero della fame per far valere la propria volontà. Tale interpretazione è smentita dal fatto che la persona detenuta non sta affatto esprimendosi «in previsione di un’*eventuale* futura incapacità di autodeterminarsi», come previsto dall’art. 4 della legge 219 in riferimento alle DAT (enfasi aggiunta). In realtà, sta esercitando il proprio «diritto di rifiutare [...] qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario», come previsto dall’art. 1 della stessa legge, il quale precisa che «sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l’idratazione artificiale». Tale errore concettuale non è di poco conto. Il diritto al rifiuto, come la PCC, vincola il medico il quale «è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario» (art. 1, comma 6). Le DAT, invece, proprio per il motivo di essere redatte in un momento in cui la persona è sana e l’incapacità è solo eventuale, possono essere legittimamente disattese quando risultino «palesamente incongrue» (art. 4, comma 5). L’errata configurazione giuridica della volontà del detenuto in sciopero della fame (da rifiuto a DAT), così, si traduce nella conseguenza di ritenerla non vincolante. E le conseguenze paradossali di tale fraintendimento non si limitano a questo aspetto.

Avendo, erroneamente, posto le basi per una valutazione della congruità della manifestazione di volontà (DAT) del detenuto in sciopero della fame, la maggioranza del

CNB si spinge ad individuare i criteri di giudizio applicabili. Al riguardo, la dottrina e la giurisprudenza hanno concordemente ritenuto palesemente incongrue le DAT in casi eccezionali, quali la non corrispondenza della situazione prevista con quanto effettivamente realizzatosi o la presenza di nuovi dispositivi o di terapie innovative. La maggioranza del CNB si arroga, invece, il diritto di sindacare la legittimità delle ragioni soggettive su cui il detenuto ha fondato la propria scelta. In questa prospettiva, si indicano motivazioni valide, corrispondenti ad un tollerato «esercizio della libertà di cura», e motivazioni non valide, relative ad un inappropriato «conseguimento di finalità estranee alla situazione clinica personale, come l'ottenimento di un bene materiale o immateriale». Ora, si fatica a capire come non ci si possa rendere conto che le decisioni di fine vita, in carcere come fuori, non sono isolate all'interno della mera dimensione sanitaria, ma sono scelte di carattere morale e propriamente esistenziali; sono scelte che collegano fra loro le modalità, i valori, le finalità per cui ognuno di noi vive la propria esistenza, dall'inizio alla fine. Sulla base degli stessi criteri, anche il rifiuto di un'emotrasfusione di un testimone di Geova sarebbe illegittimo, attesa la sua finalizzazione ad un «bene immateriale» come la vita eterna; e, forse, ogni decisione di fine vita lo sarebbe, visto il carattere parimenti immateriale della dignità umana. E si fatica a capire come la maggioranza del CNB non comprenda che assegnare ad un'autorità o comitato la funzione di attribuire «patenti di legittimità» alle ragioni per le quali le persone adottano, consapevolmente, le proprie scelte esistenziali sia operazione tanto contraria ai più elementari principi bioetici e costituzionali quanto foriera di pericolose conseguenze illiberali. In questo modo, inoltre, si utilizza in forma strumentale il concetto di vulnerabilità al fine di limitare i diritti di autodeterminazione della persona.

A tali derive, si è opposta una minoranza del CNB (posizione B), composta da nove componenti, oltre che, significativamente, dai delegati dei presidenti della FNOMCeO, della FNOVI e dell'Istituto Superiore di Sanità. Questi, ricordando le basi costituzionali del «diritto di vivere tutte le fasi della propria esistenza senza subire trattamenti sanitari contro la propria volontà», ritengono non sussistenti motivi giuridici o bioetici tali da giustificare la non applicazione della legge n. 219 alle persone detenute anche in sciopero della fame. Tale posizione ribilancia, per quanto possibile e almeno in parte, il giudizio complessivo da dare al documento del CNB.

Altri documenti del CNB, aventi ad oggetto il carcere e adottati in anni precedenti, lavorano sulle specificità del diritto alla salute delle persone detenute in termini decisamente più equilibrati e condivisibili. Fra questi, merita menzione in questa sede il parere: *Vulnerabilità e cura nel welfare di comunità. Il ruolo dello spazio etico per un dibattito pubblico*, del 10 dicembre 2021. A partire dalla necessità di intendere la salute in termini multidimensionali, si richiama l'attenzione non solo sulla salute fisica, ma anche sui suoi determinanti biologici, psicologici e sociali e, di conseguenza, sottolinea l'importanza, ad esempio, di rafforzare l'integrazione tra interventi sociali e sanitari e la continuità dei percorsi di cura, ossia il *welfare* di comunità. Esso, dovendo divenire anche uno strumento di etica diffusa, in grado di farsi carico delle varie forme di sofferenza e di emarginazione, trova declinazione anche nel contesto della realtà carceraria. In questo ambito, in particolare, si ricorda ancora una volta la finalità rieducativa della pena (art. 27 Cost.) e l'importanza della dimensione relazionale anche in termini di promozione della salute individuale (art. 32). In questo senso, si invitano gli apparati responsabili a creare luoghi specifici in cui agenti di custodia, operatori e detenuti (con anche il possibile intervento dei familiari, a seconda dei casi) possano entrare nell'ottica

di prendere in esame situazioni di tensione, di difficoltà operativa, di incomprensione. Si raccomanda, inoltre, di dedicare particolare attenzione alla condizione della donna detenuta, anche per i riflessi su eventuali figli, in particolare minorenni. Le sezioni femminili, anche per il numero generalmente più ridotto, sono quindi indicate come luoghi privilegiati di sperimentazione al fine di avviare un percorso esteso all'intera comunità carceraria volto ad un ripensamento complessivo delle modalità con cui la pena detentiva viene scontata. Ne emerge una visione eterogenea della vulnerabilità delle persone detenute, bisognosa non solo di considerazione giuridica, ma anche dell'attivazione di concreti strumenti di tutela e protezione.

Nel parere *Salute mentale e assistenza psichiatrica in carcere*, del marzo 2019, inoltre, il CNB prende atto delle persistenti difficoltà nella tutela della salute mentale delle persone detenute (art. 32 Cost.), che pure dovrebbe essere oggetto di protezione anche nel contesto carcerario in termini di eguaglianza con quanto avviene al di fuori (art. 3). Il CNB, ragionando sul lento percorso che, con l'abolizione degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari (OPG), avrebbe dovuto portare dal paradigma custodialista, a quello terapeutico, ricorda come il contesto carcerario non debba provocare alcun affievolimento del diritto alla salute, né della relazione di cura e di fiducia che ormai, soprattutto dopo la legge n. 219 del 2017, deve caratterizzare il rapporto medico-paziente³¹.

All'incrocio tra bioetica e biodiritto, quindi, la dimensione della tutela delle vulnerabilità della persona detenuta rappresenta un terreno particolarmente delicato, nel quale – come si è visto – approcci o interpretazioni non centrati sulla tutela della persona e delle sue fragilità, ma sui doveri (sebbene formalmente definiti “di protezione”) dell'ordinamento giuridico, possano condurre a posizioni contrastanti con la logica strutturale dei diritti, con il dettato costituzionale e deontologico, oltre che con lo spirito della legge n. 219 del 2017.

5. Conclusioni: maschere vulnerabili e diritto

Questa breve panoramica di alcune delle differenti condizioni di vulnerabilità in cui può declinarsi la relazione di cura per una persona che vive una condizione di fragilità porta a interrogarsi sull'evoluzione del ruolo di protezione che il diritto deve esercitare nei confronti dei più deboli.

Pur a fronte dell'ormai avvenuto superamento del paternalismo medico e giuridico, anche nelle scelte relative alla propria salute, rimane l'esigenza di assicurare adeguati strumenti e meccanismi di sostegno e tutela nei confronti di coloro che vivono una condizione, transitoria o permanente, di fragilità. Per indagare il ruolo del diritto di fronte a tali bisogni, quindi, ci pare che si renda necessario focalizzare l'attenzione sulla persona e sul suo “ruolo” nell'ordinamento giuridico. Ancora una volta, le immagini di Paolo Zatti indicano una chiave di lettura funzionale a valorizzare i diritti individuali senza strumentalizzare la vulnerabilità a fini di controllo individuale o collettivo o irrigidire immotivatamente il dato giuridico: «”Persona” ha però anche un suo significato tecnico, frutto di una lunga storia di astrazione, per il quale indica una *qualità giuridica*, o più propriamente un *ruolo* (persona come *prosopon*, maschera della scena giuridica) che originariamente pertiene all'uomo ma si estende poi a gruppi e istituzioni: è la qualità di

³¹ Fra gli altri, MENGOZZI, *Stato di detenzione e libertà di cura*, in *BioLaw Journal*, 2022, 4, 58.

centro di interessi che ricevono dal diritto una protezione unitaria ed organica, ovvero la qualità di portatore di diritti ed obblighi»³².

Questa concezione di persona consente al diritto di superare, come gli esempi cui qui si è fatto riferimento aiutano a dimostrare, le rigide categorie giuspositivistiche e tradizionali del diritto (capacità, personalità, ecc.), per accogliere un'idea di protezione della persona basata sul rispetto e sulla sua valorizzazione in quanto tale. Ciò è funzionale ad assicurare, in linea con i principi di cui la nostra Costituzione (e, più ampiamente, il costituzionalismo del secondo dopoguerra complessivamente inteso) si fa portatrice, la tutela della dignità, della libertà e dell'integrità della persona, a prescindere dalla situazione contingente.

Compito del diritto – di tutto il diritto: senza distinzione di aree disciplinari – è dunque quello di accogliere, tutelare e proteggere le vulnerabilità, tenendo in considerazione, secondo un approccio *case by case* la complessità e la variabilità dei valori in gioco, delle situazioni concrete, escludendo «automatismi ed effetti a cascata»³³, per consentire il pieno e libero sviluppo della personalità, anche nelle condizioni di maggiore difficoltà.

³² ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 50.

³³ *Ivi*, 57.