

# L'autonomia illusoria. Il diritto di autodeterminazione tra le maglie dell'eterodeterminazione

Letizia Mingardo

## ABSTRACT

Di fronte all'avanzare delle biotecnologie, la capacità individuale di decidere della propria vita e della propria salute è avvertita come componente irrinunciabile nella vita di ciascuno. 'Autonomia', 'autodeterminazione' e 'volontà' sono endoxa spesi costantemente nell'attuale dibattito biogiuridico, ma non per questo privi di ambiguità e profili problematici. Nel presente contributo ci si domanda quale concezione di autonomia individuale e quale visione antropologica siano sottese all'appello al diritto di autodeterminazione.

Dall'esame di alcune recenti questioni biogiuridiche, emerge la diffusione di una declinazione dell'autonomia in termini individualistici, razionalistici e volutaristici. Il modello antropologico di riferimento appare quello del moderno homo faber, teso a massimizzare l'utile in un mondo concepito come insieme di oggetti manipolabili. Il carattere di assolutezza attribuito alla volontà

individuale dal pensiero giuridico moderno, tuttavia, non risulta in grado di proteggere l'autodeterminazione dall'eterodeterminazione. Come si evince, ad esempio, tanto dalle tesi dei sostenitori del cd. diritto a non nascere, quanto dalla dottrina del 'giudizio sostitutivo' (volta a ricostruire l'ipotetica volontà sulle cure del paziente incosciente), il richiamo al diritto individuale alla autodeterminazione può nascondere il diritto di altri a decidere sulla vita o la salute dell'individuo. All'insegna di un diritto alla (auto)determinazione.

## PAROLE CHIAVE

AUTONOMIA; AUTODETERMINAZIONE;  
ETERODETERMINAZIONE; VOLONTÀ;  
MODERNITÀ; DIBATTITO BIOGIURIDICO.

## 1. PREMessa

Da decenni, soprattutto nelle società occidentali, si assiste a una crescente accelerazione del progresso scientifico, favorita da un legame sempre più stretto tra sapere teorico e applicazione pratica. Si è accresciuta non solo la conoscenza scientifica, ma anche la possibilità tecnica e tecnologica di intervenire sul reale e sul vivente. Lo sviluppo della tecno-scienza in ambito biomedico, in particolare, dischiude opportunità e rischi che suonano inediti all'uomo di oggi e sui quali riflette, con la sua vocazione interdisciplinare, la bioetica.

La «sfida tecnologica» investe anche l'esperienza giuridica<sup>1</sup>, chiamando il giurista a fornire soluzioni a problemi nuovi, attraverso quello che viene ormai comunemente chiamato 'bio-

diritto»<sup>2</sup>. Uno strumento che è stato definito «cieco» in assenza della riflessione bioetica, così come questa rischia di risultare «vuota» senza l'ausilio del diritto<sup>3</sup>.

Si parla spesso, a tale proposito, di problematiche del tutto originali e 'di frontiera', ma, a ben guardare, l'era tecnologica pone in forme nuove interrogativi antichi<sup>4</sup>. I dilemmi biogiuridici e bioetici, «se esa-

2 Cfr. C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2009. Per una riflessione sui principi informatori del biodiritto, cfr. F. Mantovani, *Principi personalistici di biodiritto*, in "Archivio giuridico", 2007, n. 2, pp. 163-185.

3 D. Gracia, *Fondamenti di bioetica. Sviluppo storico e metodo*, Cinisello Balsamo, 1993, p. 685. Sul problema dei rapporti tra bioetica e diritto, cfr. altresì P. Borsellino, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Milano, 1999, p. 191 ss., nonché P. Zatti, *Maschere del diritto e volti della vita*, Milano, 2009, p. 5 ss.

4 Osserva Eligio Resta: «mentre, con una certa enfasi, si esaltano le cesure rispetto al passato operate dalla tecnica (...), al diritto si rivolgono sempre più forti richieste di indi-

1 Cfr. S. Cotta, *La sfida tecnologica*, Bologna, 1968.

minati nella loro radice e ragion d'essere ultima»<sup>5</sup>, propongono domande ricorrenti per la filosofia, e per la filosofia del diritto in special modo.

Interrogarsi sulla liceità degli interventi tecno-scientifici dell'uomo sulla vita, infatti, significa interrogarsi sul senso della vita umana e sul fondamento del suo valore, «sui limiti della disponibilità e indisponibilità dell'uomo rispetto alla vita (propria e altrui), sui confini della libertà e della responsabilità dell'uomo nei confronti degli altri»<sup>6</sup>.

I giuristi, dunque, sono stimolati «non solo ad abbandonare la loro neutralità assiologica, ma soprattutto a ritornare alle origini della loro stessa disciplina: riprendere l'esame della funzione propria del divieto, del senso incluso nelle nozioni giuridiche, della finalità del diritto»<sup>7</sup>.

## 2. AUTONOMIA, UN CONCETTO AMBIGUO

Fra tutti, un tema risulta particolarmente sollecitato dal potenziarsi della tecnica: quello inerente la capacità di governarsi da sé, di 'darsi una regola', il tema, in altre parole, dell'autonomia individuale<sup>8</sup>. Di fronte al rischio di predominio sull'uomo di una tecnica «in-cosciente», che, assorbita dall'apprestamento dei mezzi e dimentica del fine, finisce col porsi essa stessa come fine piuttosto che come mezzo, oggi viene sempre più rivendi-

care i limiti e di esplicitare confini normativi dentro i quali definire le possibilità. La tradizione giuridica, dalla quale la tecnica prende distanza travolgendone tutti i riferimenti, mostra consapevolezza di tali problemi; e non da oggi. Il rapporto che il diritto ha da sempre stabilito con la 'vita' è meno ingenuo di quanto possa apparire» (E. Resta, *Diritto vivente*, Roma-Bari, 2008, p. 81).

5 F. D'Agostino, L. Palazzani, *Bioetica. Nozioni fondamentali*, Brescia, 2007, p. 10.

6 *Ibidem*, pp. 10-11.

7 C. Labrusse-Riou, *Destino biologico e finalità del diritto*, in S. Rodotà (a cura di), *Questioni di bioetica*, Roma-Bari, 1993, pp. 375-385:381.

8 Per una introduzione al dibattito contemporaneo sull'autonomia, cfr. R. Giovagnoli, *Autonomia: questioni di contenuto*, in "Ragion pratica", 2006, n. 2, pp. 555-572; nonché E. Santoro, *Per una concezione non individualistica dell'autonomia individuale*, in "Rassegna italiana di sociologia", 1991, n. 3, pp. 268-311. Su temi e problemi dell'autonomia in bioetica, cfr. P. Cattorini, E. D'Orazio, V. Pocar (a cura di), *Bioetiche in dialogo. La dignità della vita umana, l'autonomia degli individui*, Milano, 1999.

cata la centralità del soggetto libero e capace di decisione autonoma<sup>9</sup>.

Il potere della tecnica medica viene subordinato alla essenziale autonomia del paziente: «questi si presenta come l'autentico soggetto etico poiché da una parte è oggetto di cure mediche (come corpo) e dall'altra parte gli è riconosciuto il primato di decidere di sé, cioè della propria vita e del proprio corpo, in quanto l'istituzione non deve contrapporre alcuna istanza alla libera volontà del paziente»<sup>10</sup>.

Tale primato nel decidere della propria vita e della propria salute assume la veste giuridica del diritto alla autodeterminazione ed è evidente quanto l'appello a tale diritto permei l'attuale dibattito biogiuridico, tanto nelle discussioni intorno alla vita umana nascente, quanto in quelle intorno alla vita umana morente.

'Autonomia', 'autodeterminazione' e 'volontà' si presentano nell'argomentare biogiuridico come veri e propri *endoxa* di aristotelica memoria, «opinioni comuni, professate dai più o dai più autorevoli, attorno alle quali sembra formarsi il consenso»<sup>11</sup>. Al pari di altri *endoxa* biogiuridici, tali concetti costituiscono «ideali punti di partenza per l'argomentazione»<sup>12</sup>.

9 Tale rischio risulta sì avvertito, ma non sufficientemente indagato: spesso, in risposta alla minaccia che la tecnica reca alla soggettività dell'uomo, ci si appiglia a un gioco di rimandi alle norme giuridiche, alla morale, alla società, all'utilità, che è solo apparentemente risolutivo (queste considerazioni si devono alla lettura, in bozza, del contributo di M. Manzin, Mizzi e i mostri. *Riflessioni su secolarizzazione e bioetica nell'età della incoscienza della tecnica*, di prossima pubblicazione, a cura di Laura Palazzani, negli atti del Convegno *Filosofia del diritto e secolarizzazione: profili giuridici, etici e bioetici*, tenutosi a Roma, alla LUMSA, il 26 settembre 2009).

10 R. Kirchmayr, *Morire da soli. La medicalizzazione come supplemento di cura*, in "Aut aut", 2008, n. 340, pp. 37-58:41.

11 F. Zanuso, *L'indisponibile filo delle Parche. Argomentazione e decisione nel dibattito biogiuridico*, in F. Zanuso (a cura di), *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Milano, 2009, pp. 9-54:19. Per l'importanza degli *endoxa* nel discorso giuridico, cfr. F. Cavalla, voce *Topica giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1992, pp. 720-739; nonché G.M. Azzoni, *Endoxa e fonti del diritto*, in G.A. Ferrari, M. Manzin (a cura di), *La retorica fra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, Milano, 2004, pp. 123-155.

12 F. Zanuso, *Laicità e laicismo nell'argomentazione biogiuridica*, in F. Cavalla (a cura di), *Retorica Processo Verità. Principi di filosofia forense*, Milano, 2007, pp. 227-254:228. In generale, sull'argomentazione bioetica, cfr. C. Viafora, S. Mocellin (a cura di), *L'argomentazione del giudizio bioetico. Teorie a confronto*, Milano, 2006.

Tuttavia, connotati come sono da una strutturale vaghezza di significato, essi risultano «per lo più ambigui e atti, quindi, a costituire la premessa per un argomentare eristico»<sup>13</sup>.

La natura di luogo comune 'apparente' si manifesta in particolar modo nel principio di autonomia, il cui effettivo significato non può che determinarsi in base alla concezione antropologica adottata di volta in volta dagli interlocutori. È stato osservato, per l'appunto, come «**la reale pregnanza**» di questo peculiare *endoxon* sia «**legata al significato dell'auto e del nomos**, ovvero sia alla concezione antropologica che fonda il discorso e al concetto di regola e regolarità che vi è sotteso»<sup>14</sup>.

Così, il richiamo «**altamente evocativo e persuasivo**» al rispetto dell'autonomia, effettuato soprattutto (ma non solo) dai sostenitori della cd. bioetica *pro-choice*, «**rischia di rendere "torbide" le acque del dibattito** proprio laddove si pretende di offrire un trasparente criterio di avvaloramento dell'esperienza»<sup>15</sup>.

'Autonomia', 'autodeterminazione' e 'volontà' sono, dunque, luoghi comuni massimamente spesi, ma non per questo privi di ambiguità e profili problematici. Riconoscere l'indubbia importanza dei criteri di autonomia e autodeterminazione lascia impregiudicata una serie di questioni: disporre della propria vita e del proprio corpo assecondando solo personali progetti esaurisce il senso dell'autonomia o dell'autodeterminazione? L'autonomia e l'autodeterminazione comprendono anche la possibilità di disporre di altre vite e di altri corpi e di decidere, per sé o per altri, la prospettiva dell'essere tecnicamente prodotto o condizionato<sup>16</sup>?

Se, come generalmente si riconosce, la sfera dell'autogoverno coincide con la libertà di agire indipendentemente da cause esterne determinanti, assume primaria importanza «**essere sicuro che solo la mia voce esca dalle mie**

13 F. Zanuso, *L'indisponibile filo delle Parche*, cit., p. 19.

14 Cfr. F. Zanuso, *Neminem laedere. Verità e persuasione nel dibattito bio-giuridico*, Padova, 2005, pp. 105-106.

15 *Ibidem*, p. 106. Per una ricostruzione della contrapposizione fra bioetica *pro-life*, fautrice del concetto di sacralità della vita (e solitamente associata alla bioetica cattolica), e bioetica *pro-choice*, fautrice del concetto di qualità della vita (e solitamente associata alla bioetica laica), cfr. G. Fornero, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Milano, 2005.

16 Cfr. A.C. Amato Mangiameli, *Corpi docili. Corpi gloriosi*, Torino, 2007, p. 143.

labbra»<sup>17</sup>. Ma ciò è realmente garantito dalla concezione di autonomia e autodeterminazione che traspare dalla esperienza giuridica al confronto con le biotecnologie?

### 3. UNA ECO MODERNA

Per tentare di rispondere a queste domande, sembra utile volgere lo sguardo al passato, per cercare nel nostro patrimonio giuridico-culturale quel carico di significati, non sempre evidenti, che gli argomenti impiegati nell'attuale dibattito biogiuridico portano con sé.

In effetti, oggi nessuno contesta l'esistenza del diritto alla vita e del diritto alla salute, di cui ogni uomo sarebbe titolare in quanto uomo; ma solo la consapevolezza delle premesse culturali di tale convinzione può svelare come nell'era tecnologica si intenda realmente il rapporto fra l'individuo e la sua stessa vita, e con quali conseguenze. Infatti, sebbene si parli abitualmente di diritto *alla* vita e *alla* salute, si può notare come questi vengano spesso pensati come se si trattasse di diritti *sulla* vita e *sulla* salute: corpo, salute e vita sono considerati beni a disposizione del soggetto titolare, ad esclusione di altri soggetti, come avviene nella relazione giuridica di proprietà<sup>18</sup>.

La cultura giuridica contemporanea si dimostra in questo frangente fortemente tributaria del pensiero della modernità. In particolare, è la moderna Scuola del Diritto Naturale a creare quel contesto unitario che finisce col concepire la titolarità del singolo di un naturale diritto *sulla* vita. Il giusnaturalismo, che vede nella legge naturale un sistema di valori di riferimento, oggettivo e conoscibile, ha dell'uomo una visione individualistica, razionalistica e volontaristica: l'essere umano è pensato in grado di conoscere la verità, tramite la ragione, e di raggiungere ciò che è bene per sé, tramite la volizione<sup>19</sup>.

17 *Ibidem*, p. 144.

18 Cfr. F. Cavalla, *Diritto alla vita e diritto sulla vita: sulle origini del problema dell'eutanasia*, in G. Bax, E. Berti, F. Casson, *La vita: realtà e valore: studi in onore di mons. Girolamo Bortignon*, Padova, 1990, pp. 169-192 (cfr. altresì Id., *Diritto alla vita, diritto sulla vita. Alle origini delle discussioni sull'eutanasia*, in "Diritto e società", 2008, n. 1, pp. 1-64; il saggio è stato recentemente ripubblicato in F. Zanuso (a cura di), *Il filo delle Parche*, cit., pp. 59-89).

19 Su origini e temi del pensiero giusnaturalista, cfr. F. Todescan, *Etiamsi daremus. Studi sinfonici sul diritto naturale*, Padova, 2003.

Il mondo considerato quale insieme di oggetti diventa completamente disponibile al moderno *homo faber*<sup>20</sup>. Ed è la proprietà, assunte le vesti di diritto soggettivo, a farsi paradigma dell'affermazione della sovranità del volere individuale sugli oggetti<sup>21</sup>. D'altra parte, la libertà, intesa come assenza di vincoli esterni al volere, garantisce l'autonomia del soggetto, che può essere legittimamente compressa solo ove sia lesiva della libertà e dell'autonomia altrui<sup>22</sup>. Risulta, dunque, insindacabile ogni decisione del singolo che non danneggi gli altri, anche quando tale decisione riguardi la sua stessa vita o la sua salute.

Così, il rapporto tra l'uomo e la sua sfera biologica si delinea in epoca moderna seguendo i canoni dell'oggettivismo, del razionalismo e del volontarismo: l'individuo può dirsi libero se dominante il mondo che lo circonda (compresa la sua stessa corporeità), e se incondizionato nel suo volere<sup>23</sup>. Si tratta di una visione antropologica e di un patrimonio concettuale che si sono depositati pressoché inalterati nelle legislazioni contemporanee<sup>24</sup>.

20 Per le radici neoplatoniche del moderno atteggiamento tecnico-dominativo dell'uomo sul mondo, favorito da un pensiero dualista che separa nettamente il Principio e le cose, cfr. M. Manzin, *Ordo iuris. La nascita del pensiero sistematico*, Milano, 2008.

21 Si passa dal concetto medievale di *dominium*, «espressione di un mondo permeato dal Sacro», al concetto moderno di proprietà, «espressione di un mondo secolarizzato»; il diritto di proprietà viene «inteso come potere di un soggetto, anzi, come il potere per eccellenza dell'individuo; non regola che l'uomo legge nelle cose perché nelle cose scritta, ma sua creatura, finalizzata al consolidamento della sua posizione di superiorità, facendo dell'avere una, anzi, la prima, dimensione dell'essere del soggetto» (F. Gentile, *Esperienza giuridica e secolarizzazione*, Milano, 1993, pp. 28-29).

22 Sulla libertà concepita, in senso moderno, come liberazione, ossia come «la condizione in atto (in 'movimento') di eliminazione dei vincoli di volta in volta determinati», cfr. M. Manzin, *Libertà e liberazione: due paradigmi a confronto*, in "Diritto & Questioni pubbliche", 2006, n. 6, pp. 101-111:103 (ora in G. Maniaci, G. Pino, A. Schiavello (a cura di), *Differenza culturale e minoranze nello spazio pubblico europeo*, Palermo, 2007, pp. 135-147), il testo è disponibile alla URL: <http://www.dirittoquestionipubbliche.org>.

23 Osserva Martin Heidegger: «l'uomo decide in proprio del modo in cui deve situarsi rispetto all'ente ridotto ad oggetto. Ha così inizio quel modo di esser uomo che consiste nel prender possesso della sfera dei poteri umani come luogo di misura e di dominio dell'ente nel suo insieme» (M. Heidegger, *Sentieri interrotti*, Firenze, 1984, p. 93).

24 P. Sommaggio, *Il dono preteso. Il problema del trapianto di organi: legislazione e principi*, Padova, 2004, p. 224. Per una ri-

Queste ultime continuano per molti aspetti a considerare il corpo (vivente o in stato di morte, intero o in parti) come una *res*; inoltre, tendono a configurare il rapporto che il soggetto (privato o pubblico) intrattiene con la 'bio-materia' secondo lo schema giuridico della proprietà. Su tale rapporto la volontà soggettiva è incline a esercitare un dominio che si pretende incontrastabile. Nell'intreccio fra le componenti razionali e le componenti volitive della deliberazione, il ruolo della ragione sembra farsi subordinato a quello della volontà: *hoc volo, sic iubeo, sit pro ratione voluntas*<sup>25</sup>.

Tuttavia, tale presupposto individualistico dell'uomo 'padrone di se stesso' non evita, anzi alimenta, grazie alla sua connaturata ambiguità, la discussione su chi debba essere il titolare dei diritti umani (se il singolo o la comunità) e a quali limiti (sempreché si considerino necessari) debba essere sottoposto il loro esercizio<sup>26</sup>. Lo stato civile della collettività organizzata viene così concepito alternativamente come «l'organismo che è al servizio della volontà individuale», oppure come «l'autorità nella cui libertà ogni individuo deve identificarsi»<sup>27</sup>.

Ecco delinearsi due prospettive le cui matrici culturali affondano, rispettivamente, nel pensiero di Locke e di Rousseau: mentre la prima individua

flessione specifica sulla configurazione giuridica del rapporto dell'individuo con se stesso nel sistema del diritto penale, cfr. M. Romano, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2008, n. 3, pp. 984-1003. Per una riflessione sullo stesso tema, ma inerente il sistema del diritto civile, cfr. G. Cricenti, *Il lancio del nano. Spunti per un'etica del diritto civile*, in "Rivista critica del diritto privato", 2009, n. 1, pp. 21-39.

25 Per Paolo Moro, il noto brocardo di Giovenale descrive espressivamente il senso e la portata del primato della volontà umana che surroga la ragione (P. Moro, *Dignità umana e consenso all'atto medico*, in F. Zanuso (a cura di), *Il filo delle Parche*, cit., pp. 131-153:144). Sul rapporto tra volontà e ragione nell'esperienza giuridica, cfr. E. Opocher, *Lezioni metafisiche sul diritto*, a cura di F. Todescan, Padova, 2005, pp. 45-69 in particolare (in tema di validità assiologica del diritto e di diritto e libertà).

26 Francesco Gentile parla di «aporia dell'individualismo» per sottolineare come l'antropologia moderna finisca per perseguire la reificazione dell'uomo attraverso la umanizzazione delle cose. L'Autore evidenzia come questo fenomeno, solo apparentemente paradossale, risulti manifesto nella società tecnologica, cfr. F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano, 1983, pp. 223-229.

27 F. Cavalla, *Diritto alla vita e diritto sulla vita*, cit., p. 183.

nel singolo l'unico soggetto legittimato a disporre del proprio corpo e della propria salute, la seconda riconosce nella collettività il soggetto deputato a regolare l'esercizio individuale del diritto alla vita e alla salute, nel nome degli interessi sociali.

Tali prospettive tornano a riemergere con vigore all'interno dell'attuale dibattito biogiuridico in tema di autonomia e autodeterminazione. Ciò si riscontra tanto nelle questioni di fine vita, quanto in quelle di inizio vita: si pensi, ad esempio, alle discussioni sulla legittimità delle direttive anticipate di trattamento sanitario (può il singolo disporre liberamente della propria vita o la collettività deve imporre dei limiti?)<sup>28</sup>, o alle discussioni sulla titolarità del materiale biologico embrionale utile alla ricerca (spetta all'embrione stesso, ai genitori, agli scienziati, alla collettività?).

Il problema è che finché si resta fedeli ai presupposti dell'antropologia moderna non si può non ammettere che la legittimazione a disporre del bene-vita finisca col ricadere sulla volontà del più forte, sia essa singola o collettiva. Tale volontà «pretende e spesso ottiene di arrogarsi la titolarità di un bene che è pensato come disponibile e fungibile»<sup>29</sup>.

In questo modo, risulta impossibile fondare un criterio univoco che imponga di reprimere la volontà che non tenda più alla conservazione della vita e della salute; né si riesce ad affermare che la libertà pretenda l'intangibilità della vita per la natura intrinseca di tale bene: «giacché si è indotti a ritenere piuttosto che la vita è inviolabile perché (e, dunque, finché) il soggetto lo vuole»<sup>30</sup>.

Il contesto culturale appena descritto favorisce una crescente amplificazione del potere e delle pretese della volontà individuale. La tendenza ad assolutizzare il principio di autonomia risulta manifesta in più punti dell'attuale panorama bioetico. Ad esempio, si possono citare quelle teorie che subordinano l'attribuzione di personalità al concepito a un atto di

28 Cfr. T. Pasquino, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009.

29 F. Zanuso, *L'indisponibile filo delle Parche*, cit., p. 49. Per una critica della concezione antropologica moderna che ricorre nella legislazione e nella giurisprudenza in tema di diritti indisponibili, cfr. P. Moro, *I diritti indisponibili. Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, Torino, 2004.

30 F. Cavalla, *Diritto alla vita e diritto sulla vita*, cit., p. 177.

volontà della madre, il quale risulta in grado di *creare* la persona: «la decisione sulla natura di (futura) persona dell'embrione non può che essere rimessa all'autonomia morale della donna, in forza della natura appunto morale e non semplicemente biologica dell'atto con cui la madre lo concepisce (letteralmente) come persona»<sup>31</sup>. Tali teorie tendono a giustificare ed estendere la liceità delle pratiche abortive e delle pratiche di utilizzazione degli embrioni a fini medico-scientifici.

Ad ulteriore esempio, si possono citare le istanze volte a ottenere il riconoscimento giuridico di un diritto alla eutanasia o al suicidio assistito<sup>32</sup>. L'aspetto rilevante consiste non tanto nella volontà eutanasi o suicidiaria in sé (tutt'altro che sconosciuta all'essere umano), ma nella sua aspirazione a configurarsi come diritto soggettivo positivo: non si reputa più sufficiente che l'ordinamento lasci l'individuo libero di darsi, nel privato, la morte; piuttosto, si ritiene lo Stato tenuto a predisporre un apparato in grado di assecondare le richieste in tal senso, pena la violazione del diritto alla autodeterminazione<sup>33</sup>.

#### 4. PADRONI DI SÉ, SOGGETTI AD ALTRI

La volontà individuale, insindacabile e autosufficiente, sembrerebbe priva di limiti di principio. Tuttavia, nell'esaminare alcuni fra i casi recentemente affrontati dalla cd. biogiurisprudenza<sup>34</sup>, si può intravedere nella esaltazione dell'autodeterminazione un esito aporetico: contro le sue stesse aspirazioni, il diritto di autodeterminazione non riesce a porre l'individuo al riparo da qualunque ingerenza esterna, ma, anzi, finisce surrettiziamente col consentire l'innescarsi di dinamiche eterodeterminative.

Questo esito si appalesa tanto nella prospettiva individualistico-libertaria di un diritto all'au-

31 L. Ferrajoli, *Teoria del diritto*, vol. 1 di *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007, p. 352.

32 Cfr. G. Dworkin, R.G. Fey, S. Bok, *Eutanasia e suicidio assistito: pro e contro*, Torino, 2001.

33 Per una riflessione critica sul continuo emergere di nuovi diritti umani, cfr. M. Manzin, *La barba di Solženicyn e la frammentazione dei diritti umani*, in "Persona y Derecho", 2008, n. 58, pp. 455-472; F. Riccobono, *Soggetto Persona Diritti*, Napoli, 1999, p. 75 ss.

34 Cfr. S. Amato, *Biogiurisprudenza. Dal mercato genetico al self-service normativo*, Torino, 2006.

to-determinazione proprio del singolo, tanto nella prospettiva 'sociale' di un diritto all'auto-determinazione che finisce per slittare in capo ... alla collettività. Quanto al primo profilo, si rifletterà sul tema della ricostruzione della volontà individuale presunta; quanto al secondo, si accennerà al tema delle ripercussioni delle esigenze sovra-individuali nell'esercizio dell'autonomia.

Si considerino i meccanismi di ricostruzione della volontà presunta del nascituro o del paziente, che possono nascondere dietro l'appello al diritto alla autodeterminazione del singolo la decisione di altri. A questo proposito assumono rilievo paradigmatico le tesi dei sostenitori della sussistenza nell'ordinamento italiano di un diritto a non nascere se non sano (passate al vaglio della Cassazione in questi ultimi anni); così come assume rilievo la dottrina del cd. giudizio sostitutivo, volta a demandare a un 'decisore surrogato' la ricostruzione della volontà ipotetica del paziente incosciente (filtrata in una recente pronuncia della Cassazione).

In tema di danni da procreazione, le fattispecie più controverse riguardano i casi in cui la patologia che colpisce il nato non è direttamente causata dalla condotta del medico, ma è dovuta a tare genetiche non diagnosticate durante la gestazione<sup>35</sup>. In ambito anglosassone si discute, a tal proposito, di *wrongful life*, che involgerebbe una tutela risarcitoria rivendicabile dal figlio stesso sia nei confronti del medico, responsabile di una erronea assistenza ai genitori, sia nei confronti degli stessi genitori, colpevoli di non avere effettuato un aborto che avrebbe evitato al figlio la nascita e una vita infelice<sup>36</sup>.

Il *punctum dolens* della questione, delicata sia dal punto di vista giuridico che da quello etico, coinvolge il concetto problematico di 'vita come danno': può un bambino essere considerato un danno per sé stesso e/o per i suoi genitori? Non venire al mondo è preferibile ad una vita malata? Può essere giustificata l'eliminazione di un feto nel suo stesso interesse<sup>37</sup>?

35 Cfr. P. Rescigno, *Danno da procreazione e altri scritti tra etica e diritto*, Milano, 2006; A. D'Angelo (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Milano, 1999.

36 Cfr. A. D'Angelo, *Wrongful birth e wrongful life negli ordinamenti inglese e australiano*, in A. D'Angelo (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, cit., pp. 155-177; L. Bregante, *Dignità del bambino e diritto alla pianificazione familiare negli USA*, *ibidem*, pp. 179-208.

37 Cfr. E. Picker, *Il danno della vita. Risarcimento per una vita non desiderata*, Milano, 2004.

La Cassazione italiana, che si è trovata ad affrontare la questione, ha affermato che, pur essendo ipotizzabile un diritto a nascere sani, non è altrettanto configurabile un diritto a non nascere se non sani. Quest'ultimo, infatti, si presenterebbe come un *nonsense* logico-giuridico, un 'diritto adespota', il cui soddisfacimento negherebbe la stessa soggettività di chi lo aziona<sup>38</sup>.

La giurisprudenza italiana, dunque, ha recisamente negato la sussistenza di tale diritto. Ma se si sposta l'attenzione alla pretesa risarcitoria presentata dai genitori in qualità di rappresentanti legali del figlio (la domanda di risarcimento per i danni subiti dal minore per il fatto di essere vivo, gravemente malato), si nota come l'invocato diritto a non nascere veda solo nominalmente il figlio quale suo titolare. Il giudizio *ex ante* e in sostituzione del nascituro circa la meritevolezza o meno della sua vita, più che comportare una *rappresentazione* della volontà del figlio, sembra configurarsi come una vera e propria *sostituzione* nella sua volontà<sup>39</sup>.

Allora, posto che in nessun modo può dirsi conoscibile l'opinione del nascituro sulla desiderabilità o meno di venire al mondo, l'appello al diritto del nascituro 'a non nascere' non fa che nascondere la pretesa di vedere riconosciuto un vero e proprio diritto dei genitori 'a non far nascere'<sup>40</sup>.

Una dinamica non dissimile si può notare in tema di autodeterminazione terapeutica del paziente incapace. Una recente e innovativa sentenza della Cassazione ha indicato i criteri che consentono al tutore di un paziente in stato vegetativo permanente di ottenere dal giudice, in contraddittorio con il curatore speciale, l'autorizzazione a sospendere i trattamenti di idra-

38 Cass. Civ., sez. III, sent. 29.7.2004, n. 14488, in "La nuova giurisprudenza civile commentata", 2005, n. 1, pp. 418-433, con nota di E. Palmerini, *La vita come danno? No... sì... dipende*, pp. 433-444 (conforme è Cass. Civ., sez. II, sent. 14.7.2006, n. 16123). Nel 2009 la Cassazione ha avuto l'occasione di riprendere, e ribadire, parte delle medesime argomentazioni, pur in relazione a una diversa fattispecie, in cui il comportamento colposo del medico era stato causa diretta delle malformazioni del bambino (cfr. Cass. Civ., sez. III, sent. 11.5.2009, n. 10741, in "La Responsabilità Civile", 2009, nn. 8-9, pp. 706-714, con nota di L. Viola, *Il nascituro ha il diritto di nascere sano, ma non quello di non nascere*, pp. 714-719).

39 Cfr. F. Bacchini, *Il diritto di non esistere*, Milano, 2002.

40 Cfr. F. Reggio, *La vita come danno. Alcune note in margine ad una recente sentenza in tema di 'diritto a non nascere'*, in F. Zanuso (a cura di), *Il filo delle Parche*, cit., pp. 155-174.

tazione e alimentazione artificiali che tengono in vita l'incapace. Le due condizioni individuate, che devono essere cumulativamente sussistenti, sono l'irreversibilità accertata dello stato vegetativo permanente e la riconduzione dell'istanza di sospensione dei trattamenti alla volontà del paziente, desunta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dal suo complessivo sistema di vita<sup>41</sup>.

Il secondo requisito, relativo alla ricostruzione della volontà, configura l'aspetto più delicato della pronuncia. Esso appare parzialmente mutuato dalla dottrina nordamericana del substituted judgement (giudizio sostitutivo), la quale consente di individuare un 'decisore surrogato' che, rivestiti i 'panni mentali' del paziente incosciente (impossibilitato a esprimersi), decida per lui se proseguire o interrompere il sostegno vitale artificiale<sup>42</sup>.

Nello specifico, il punto più problematico consiste nell'ammettere che, in mancanza di precise direttive anticipate di trattamento sanitario, la volontà di rifiuto dei trattamenti salva-vita possa essere desunta anche solo dal complessivo sistema di vita e valori del paziente. Vi è chi ha sottolineato come il rischio sia quello che, sulla base di un «concetto di autonomia assolutamente auto-referenziale» e di una «presunta idea di dignità», il sostituto si 'appropri' della volontà del paziente, sfruttando «elementi di valutazione fragili, manipolabili, ma soprattutto extra-giuridici e irrilevanti per il diritto», quali sono gli orientamenti di vita del soggetto o sue precedenti esternazioni vaghe ed estemporanee<sup>43</sup>.

41 Cfr. Cass. Civ., sez. II, sent. 16.10.2007, n. 21748, in "Corriere giuridico", 2007, n. 12, pp. 1676-1686, con nota di E. Calò, *La Cassazione "vara" il testamento biologico*, pp. 1686-1695.

42 Per una disamina della giurisprudenza nordamericana sul tema, cfr. G. Ponzanelli, *Il diritto a morire: l'ultima giurisprudenza della corte del New Jersey*, in "Foro italiano", 1988, pt. IV, coll. 291-301; Id., *Nancy Cruzan, la Corte suprema degli Stati Uniti e il "right to die"*, in "Foro italiano", 1991, pt. IV, coll. 72-75; A. Santosuosso, *Il paziente non cosciente e le decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan*, in "Foro italiano", 1991, pt. IV, coll. 66-72; G. Smorto, *Note comparatistiche sull'eutanasia*, in "Diritto e questioni pubbliche", 2007, n. 7, pp. 143-179 (il testo è disponibile alla URL: <http://www.dirittoequestionipubbliche.org>).

43 G. Gambino, *La sentenza della Cassazione su Eluana Englaro: il diritto "oltre" il testamento biologico e il consenso informato*, in "L'Arco di Giano", 2007, n. 54, pp. 15-30:26-28. *Contra*, per la piena rilevanza giuridica degli elementi individuati dalla Cassazione come utili a ricostruire la volontà del paziente, cfr. M.C. Barbieri, *Stato vegetativo*

Ciò può comportare che quella che *prima facie* appare come una ricostruzione della volontà effettiva del paziente, a tutela della sua autodeterminazione, sia, in realtà, la vera e propria costruzione, da parte di terzi, di una volontà ipotetica, non necessariamente esistente in quei termini e, dunque, in buona sostanza, fittizia<sup>44</sup>.

Dunque, l'autodeterminazione e l'autonomia, oggi pur tanto invocate e perseguite come baluardo della dignità umana<sup>45</sup>, rischiano di sciogliersi nella inconsapevole delega ad altri del potere di prendere decisioni sulla propria vita e salute. Come si anticipava, questo fenomeno può essere osservato anche sotto un altro profilo, quello che fa capo a esigenze *lato sensu* sovra-individuali, in grado di limitare l'esercizio dell'autodeterminazione<sup>46</sup>.

Vi è chi nota come, rispetto al passato, il fondamento volontaristico sia «oggi esposto a maggiori rischi, sia perché appare vulnerabile alle pressioni, all'ignoranza, agli eccessi, alle contrattazioni economiche, sia perché appare sensibile a una nuova visione prevalentemente sociale dei diritti dell'uomo». Quest'ultima, infatti, nel campo della ricerca scientifica, «spinge più di ieri all'accantonamento della volontà del paziente» in nome dei vantaggi ricavabili dalle nuove applicazioni biomediche per la collettività<sup>47</sup>.

*permanente: una sindrome 'in cerca di un nome' e un caso giudiziario in cerca di una decisione. I profili penalistici della sentenza Cass. 4 ottobre 2007 sez I, civile sul caso di Eluana Englaro*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2008, n. 1, pp. 389-421.

44 Cfr. R. Campione, *Stato vegetativo permanente e diritto alla identità personale in un'importante pronuncia della Suprema Corte*, in "Famiglia e Diritto", 2008, n. 2, pp. 136-145; P. Stanzione, G. Salito, *Il rifiuto presunto alle cure: il potere di autodeterminazione del soggetto incapace*, in "Iustitia", 2008, n. 1, pp. 55-80; nello stesso senso, A. Berardi, *Una breve disamina dei casi Welby ed Englaro*, in questa stessa Rivista, 2009, n. 2.

45 Sull'attuale operare del concetto di dignità quale *topos* argomentativo, cfr. U. Vincenti, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, 2009. Per una disamina giusfilosofica sul tema, cfr. altresì P. Becchi, *Il principio dignità umana*, Brescia, 2009.

46 Si pensi alle tesi foucaultiane sul controllo della sfera biologica individuale da parte della biopolitica e dei biopoteri (M. Foucault, *Biopolitica e liberalismo. Detti e scritti su potere ed etica*, 1974-1985, Milano, 2001; Id., *La nascita della biopolitica. Corso al Collège de France*, 1978-1979, Milano, 2005).

47 L. d'Avack, *Verso un antidestino. Biotecnologie e scelte di vita*, Torino, 2004, p. 85.

Conformemente, altri individuano nel sistema economico, nel sistema amministrativo e nei sistemi di comunicazione di massa le principali «forze anonime di eteronomia» dei nostri tempi, in grado di compromettere seriamente l'autonomia individuale<sup>48</sup>. Si pensi, in particolare, alla burocratizzazione del principio del consenso informato, la quale induce il soggetto a delegare allo Stato (al giudice, al legislatore, al burocrate) la tutela della propria libertà e della propria salute<sup>49</sup>.

## 5. AUTONOMIA E LIBERTÀ

Molti sono i fenomeni che si accompagnano alla assolutizzazione del principio di autonomia: affievolimento della tutela giuridica della vita, crescente contrattualizzazione del rapporto medico-paziente, graduale espunzione della considerazione dei principi di beneficenza e giustizia dalle deliberazioni bioetiche<sup>50</sup>. E, non da ultimo, quello svuotamento dello stesso diritto all'autodeterminazione fin qui descritto, che rappresenta un vero e proprio scacco per l'autonomia: proprio nel momento in cui più pretende di affermarsi, essa corre il rischio di perdersi nelle maglie dell'eterodeterminazione.

Si è sostenuto come questo esito si verifichi in ragione della concezione antropologica individualistica e volontaristica che assiste il concetto odierno di autodeterminazione. Si tratta di una antropologia di matrice moderna che intende l'uomo come un essere originariamente autosufficiente e irrelato, unica fonte dei suoi propri poteri e doveri<sup>51</sup>. La conseguente declinazione in senso solipsistico dell'autonomia, unita ad una visione radicalmente individualistica della libertà, conduce il singolo, inconsapevole dei suoi limiti e dei legami che lo avvengono ne-

cessariamente all'altro da sé, a vivere nel mondo seguendo la sola verità dei rapporti di forza<sup>52</sup>.

E allora sarà, di volta in volta, in ogni ambito, la volontà del più forte a prevalere, sia essa quella individuale o quella collettiva: «questo è il destino delle pretese che si illudono di tutelare la libertà supponendola incarnata nella volitività e nei desideri soggettivi e su questi presumono di poter fondare le scelte bioetiche nell'ambito dei cc.dd. diritti riproduttivi e in quello relativo alle scelte tragiche di fine-vita»<sup>53</sup>.

Nella loro perenne attualità, gli insegnamenti di ascendenza classica possono contribuire a superare questa *impasse*. La consapevolezza classica della presenza di un principio, inobiettivabile, che è in ogni cosa e che non si esaurisce in nessuna di esse, conduce, attraverso il rifiuto tanto degli atteggiamenti dogmatici che di quelli scettici, a riconoscere come destituita di fondamento la premessa individualistica: «dissolta la presunzione di tutto sapere o di tutto ignorare, gli uomini non appaiono più come esistenze individualmente autosufficienti: anzi si rivelano tanto strutturalmente bisognosi di vero e di bene, e perciò votati a cercarlo, che nessuno può, in linea di principio, rinunciare a domandare, e incessantemente, all'altro il fondamento di ogni parola pronunciata. I soggetti, in altri termini, appaiono stretti originariamente da un vincolo che li costituisce nel dialogo: il principio del quale non è nulla di pienamente disponibile per la volontà e per la ragione dei singoli»<sup>54</sup>.

Il riconoscimento della struttura ontologicamente relazionale dell'essere umano non può che avere ricadute importanti in campo giuridico: 'valori' e 'diritti dell'uomo' escono «dal convenzionalismo, dalla genericità e

48 B. Melkevik, *Vulnerabilità, diritto e autonomia. Saggio sul soggetto di diritto*, in M. Pasquazi, L. Scillitani (a cura di), *Filosofia sociale. Scritti in memoria di Luigi Pasquazi*, Milano, 2007, pp. 105-132:121 ss.

49 P. Moro, *Dignità umana e consenso all'atto medico*, cit., p. 144.

50 Cfr. M. Ronco, *L'indisponibilità della vita: assolutizzazione del principio autonomistico e svuotamento della tutela penale della vita*, in "Cristianità", 2007, nn. 341-342, pp. 11-34.

51 Cfr. F. Cavalla, *La pretesa indebita alla "società dei perfetti"*, in E. Opocher (presentazione di), *La società criticata. Revisione fra due culture*, Napoli, 1974, pp. 331-346.

52 Osserva Maurizio Manzin che la concezione moderna della libertà come 'eliminazione dal vincolo' comporta sempre un rischio: «ad ogni atto teso alla rescissione di un vincolo seguono effetti imprevisi, e talvolta per nulla desiderabili; in ogni caso, il limite posto dal vincolo tende sempre a ripresentarsi in forme diverse, imponendo alla libertà-liberazione il carattere di una *praxis* incessante (come Marx aveva peraltro individuato), una sorta di "rivoluzione continua" nella quale vincolo e liberazione si susseguono perpetuamente» (M. Manzin, *Libertà e liberazione*, cit., p. 105).

53 F. Zanuso, *L'indisponibile filo delle Parche*, cit., p. 49.

54 F. Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, Padova, 1991, p. 20.



molteplicità babelica delle loro determinazioni empiriche o ideologiche» **quando si conformano** alla «struttura antropo-ontologica, sinolica e relazionale dell'individuo»<sup>55</sup>.

Sul fronte del dibattito in tema di autodeterminazione da più parti si tenta un recupero della dimensione relazionale dell'autonomia. In molti avvertono l'insufficienza delle concezioni intellettualistiche e individualistiche, e sottolineano «il ruolo ineliminabile che la relazione gioca sia nella concezione personale del sé che nello stesso auto-governo»<sup>56</sup>; vi è chi riflette «sul valore indisponibile e relazionale della volontà, proponendo di ripensare il consenso all'atto medico in una concezione dialogica dell'uomo come quella inaugurata in Occidente dal pensiero classico»<sup>57</sup>; vi è chi suggerisce, quindi, di ripensare alla relazione medico-paziente come una relazione dialogica in cui, alla ricerca di una composizione tra il principio di beneficiabilità e il principio di autonomia, la verità si costituisce mediante il movimento dialettico di domanda e risposta e mediante il riconoscimento dell'alterità dell'altro<sup>58</sup>.

In particolare, in riferimento alle direttive anticipate di trattamento sanitario, vi è chi propone di «prevedere nella stesura delle direttive il coinvolgimento di più persone: non nel ruolo di censori, e neanche tanto in quello di certificatori, ma in funzione di ciò che si potrebbe definire *deliberazione autoesaminata*, e insomma per imporre al disponente ... una sorta di *onere di dialettizzazione delle proprie determinazioni*»<sup>59</sup>.

Recuperata una visione relazionale dell'autonomia, il cd. testamento biologico può essere inteso come una preziosa possibilità di mantenere il dialogo paziente-medico nonostante l'incapacità del malato, una opportunità di ricondurre ad unità la persona nel tempo, consentendo una comunicazione fra il suo (silenzioso) presente e il suo passato.

55 S. Cotta, *Soggetto umano. Soggetto giuridico*, Milano, 1997, p. 109.

56 R. Giovagnoli, *Autonomia: questioni di contenuto*, cit., p. 557.

57 P. Moro, *Dignità umana e consenso all'atto medico*, cit., p. 153.

58 Cfr. F. Borgia, *Hans-Georg Gadamer: dove si nasconde la salute*, in "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", 2005, n. 1, pp. 141-160.

59 D. Carusi, *Tutela della salute, consenso alle cure, direttive anticipate: l'evoluzione del pensiero privatistico*, in "Rivista critica del diritto privato", 2009, n. 1, pp. 7-20:20.

La direttrice sembra essere chiara: recuperare la dimensione relazionale dell'autonomia, riconoscendo l'originarietà e l'indisponibilità di ciò che precede ed anticipa la stessa volontà individuale (e ne costituisce la fonte). Tuttavia, resta da sottolineare come non esistano, e non possano esistere, ricette precostituite: *in ogni punto* dell'esperienza si è chiamati a determinare il principio di autonomia e il diritto alla autodeterminazione in senso relazionale, oppure in senso solipsistico<sup>60</sup>.

D'altra parte, è l'uomo stesso ad essere, costantemente, «in bilico, oscillante tra la realizzazione e la distruzione di ciò che lo costituisce nel suo essere più proprio, tra la realizzazione e la dissoluzione di questo apice del suo essere, che è la libertà»<sup>61</sup>.

LETIZIA MINGARDO ha conseguito il titolo di dottore di ricerca in Giurisprudenza all'Università di Padova (tesi in Filosofia del diritto, Supervisore prof. Francesco Cavalla). Collabora con il Cermeg - Centro di Ricerche sulla Metodologia Giuridica.

60 «Ciò che appare come Principio, per sua essenza, compare come ciò che richiede all'uomo una decisione, la decisione appunto di riconoscere la presenza del Principio. La realtà necessaria che anticipa ogni atto gli richiede necessariamente la decisione di riconoscerla: in ogni punto dell'esistenza è presente tale richiesta; in ogni punto dell'esistenza la decisione può esserci o non esserci» (F. Cavalla, *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, Padova, 1996, p. 90).

61 F. Chiereghin, *Dall'antropologia all'etica. All'origine della domanda sull'uomo*, Milano, 1997, p. 140. Osserva Stefano Fuselli: «l'uomo è per se stesso, cioè in quel rapporto con quanto lo costituisce in modo proprio ed esclusivo, sempre rimesso alla possibilità di perdere la propria umanità. Dal momento che anche la possibilità concreta di negarsi in quanto uomo è costitutiva del suo essere uomo, l'uomo è allora responsabile della sua umanità, nel senso che può adottare atteggiamenti e comportamenti per i quali ne va della sua stessa umanità, ne va di se stesso in quanto uomo» (S. Fuselli, *La lanterna di Diogene: alla ricerca dell'uomo negli esperimenti di ibridazione*, in F. Zanuso (a cura di), *Il filo delle Parche*, cit., pp. 91-109:104).