

## Capaci di scegliere?

**Maria Giulia Bernardini**  
Ricercatrice, Università di Ferrara

*Il contributo si sofferma su alcuni degli aspetti qualificanti del significato giuridico assunto dalla capacità di scelta per le persone anziane. A tal fine, in direzione contraria rispetto a quella che caratterizza le «retoriche ageiste», l'Autrice parte dal presupposto della pari dignità delle vite delle persone anziane, da cui consegue anche l'eguale titolarità di queste persone in ordine al riconoscimento e all'effettività dei diritti fondamentali.*

### **Parole chiave**

Condizione anziana – Capacità – Diritto di scelta – Ageism – Autonomia.

## Esseri umani? Un dubbio da sciogliere

Nel 1970, all'interno di testo ormai celebre che di recente è stato oggetto di una vera e propria riscoperta, tradotto in italiano con *La terza età* (1971), la filosofa francese Simone de Beauvoir si chiedeva se, all'interno delle società occidentali, le persone anziane fossero considerate dei veri e propri esseri umani. Fin dall'introduzione a quella che costituisce ancora una delle più compiute e articolate analisi interdisciplinari sulla condizione anziana, la sua risposta era negativa: gli stereotipi diffusi, la condizione di povertà, gli atti di emarginazione, di discriminazione, quando non di vera e propria violenza, che tali individui erano quotidianamente costretti a subire rendevano infatti questi ultimi dei paria, dei soggetti posti al di fuori dell'umanità, che non erano visti, né sentiti e ascoltati. Del resto, qualora le società occidentali avessero ammesso di udire la loro voce, avrebbero anche dovuto riconoscerne lo statuto di piena umanità, mentre tale circostanza era sconfessata nella prassi.

Con il suo testo, nel quale affrontava un tema che anche in seguito sarebbe stato considerato per molto tempo *non filosofico* (Bobbio, 1996, p. 17), de Beauvoir voleva *rompere la congiura del silenzio* relativa a questa condizione esistenziale e «costringere» i propri lettori a prestare ascolto alla voce dei *vecchi*,<sup>1</sup> riconoscendola quale voce umana.

Circa cinquant'anni dopo, soprattutto con l'avvento della pandemia, la domanda posta dalla filosofa francese si è rivelata ancora molto attuale. Come è noto, negli scorsi mesi abbiamo acquisito familiarità con un termine in verità abbastanza risalente, *ageism* (Butler, 1989), e potuto verificare in modo drammaticamente concreto come la presenza diffusa e strutturale di stereotipi possa finire per esporre alcune persone — in ragione di caratteristiche proprie o ascritte — a un maggior rischio di violazione dei propri diritti, fino a mettere in discussione il loro stesso diritto alla vita.

I dibattiti relativi alla possibilità di stabilire criteri di ammissione alle terapie intensive, per un verso, e quelli relativi alle *stragi silenziose* occorse all'interno delle strutture residenziali, per l'altro, hanno infatti quantomeno portato a sollevare alcuni dubbi sul fatto che lo *statuto di piena umanità* delle persone anziane sia patrimonio condiviso all'interno delle società occidentali contemporanee. Invero, se si pone mente agli argomenti che, nei mesi scorsi, sono emersi relativamente al valore delle vite di questi individui sia all'interno del dibattito pubblico, sia entro i confini dei meno partecipati confronti scientifici, è facile individuare una forte polarizzazione: a chi affermava la necessità di riconoscere la pari dignità di tutti e ciascuno e premeva per la tutela dei diritti fondamentali di ogni persona in condizioni di eguaglianza, si contrapponeva la visione di chi reputava che le vite delle persone anziane fossero *sacrificabili*, se messe a paragone con quelle dei soggetti ancora produttivi o con un numero considerevole di anni ancora da vivere.

Ebbene, come si è potuto riscontrare soprattutto durante il periodo pandemico, nell'ambito delle cosiddette *scelte tragiche* (Calabresi e Bobbitt, 2006; Nitrato Izzo, 2019), che danno luogo a *dilemmi etici* che possono riguardare *questioni mortali* (Nagel, 1986) — come è stata, in particolare quella relativa alle scelte allocative in ambito sanitario — non esiste un solo argomento irresistibile, né la soluzione corretta. Tuttavia, non è su tale aspetto che intendo soffermarmi, in quanto la complessità delle considerazioni che potrebbero essere svolte al riguardo non può essere adeguatamente affrontata in questa sede e la sua analisi porterebbe lontano dal tema che costituisce l'oggetto del presente contributo (per un  *ammonimento* relativo alle lezioni che, in campo bioetico, la pandemia ci ha insegnato, si veda per tutti Palazzani, 2022).

Più modestamente, nelle mie intenzioni il richiamo al confronto serrato che ha avuto luogo nei mesi scorsi è diretto a mettere in luce come, in presenza delle persone anziane, il valore della vita possa divenire variabile, controverso, e su questa base lo stesso diritto alla vita possa essere contestato. Si tratta infatti di una vita che, ove sia

---

<sup>1</sup> Anche in questo caso, la scelta terminologica di de Beauvoir era tutt'altro che casuale: rifiutandosi di ricorrere all'impiego della parola *anziano*, la filosofa intendeva contestare quella che oggi indicheremmo come *deriva neoliberale*, ossia l'attribuzione di valore all'essere umano solo in quanto soggetto produttivo e consumatore; in questo, tra l'altro, verrà seguita da Norberto Bobbio (1996), che nel suo *De senectute*, alcuni decenni più tardi, effettuerà la medesima scelta politica.

rapportata ai valori dominanti (produttività, efficienza e autosufficienza *in primis*), sembra perdere la propria dignità, o quantomeno quel valore che porterebbe a considerarla una vita *eguale* rispetto alle altre, come tale da tutelare senza eccezione alcuna.

Questa circostanza porta a ricomprendere le vite delle persone anziane tra le *vite ineguali*, secondo un'efficace espressione impiegata da Didier Fassin (2019) in relazione alle persone migranti, o tra le vite che, come ci insegna Judith Butler (2013), non sono considerate degne di lutto. Si tratta, infatti, di vite appartenenti ai soggetti non paradigmatici (Bernardini e Giolo, 2017), ossia a coloro che sono quotidianamente esclusi, discriminati o oppressi in quanto ritenuti manchevoli di uno o più requisiti che permettono loro di corrispondere al modello di soggettività assunto come standard all'interno delle società liberali occidentali.

Ai fini che qui interessano, quest'ultima è costituita dal soggetto produttivo, in grado di contribuire attivamente al benessere complessivo del Paese e di non gravare eccessivamente sul sistema sanitario nazionale, rappresentando un *peso*. Del resto, basterà porre mente alle vicende accadute negli scorsi mesi per rendersi agilmente conto di come sia proprio la pervasività di tali valori ad avere legittimato, soprattutto nel primo periodo emergenziale, l'affermazione di una narrazione che vedeva le persone anziane quali *vittime tollerabili* della pandemia (Tarantino, 2021).

Come è noto, questa visione è stata aspramente criticata abbastanza presto da coloro che ammonivano come si fosse davanti non alla semplice — e, per taluni, del tutto contingente — discriminazione delle persone anziane all'interno della società, ma alla loro radicale *irrelevanza sociale*, alla quale consegue una sostanziale esclusione dai confini della cittadinanza e di ciò che consideriamo appartenere alla sfera dell'umano. Secondo Ciro Tarantino (2021, p. 79), ad esempio:

[Gli anziani sono] persone alle quali non è mai riconoscibile la piena cittadinanza o che vengono considerate come reduci della cittadinanza, e per questo sacrificabili prima di coloro che occupano il centro della cittadinanza sostanziale. In questo senso, allora, lo stato di emergenza si è solo rivelato un piano di emergenza, una superficie di visibilità che, tramite la morte fisica, ha messo in evidenza la morte sociale che ordinariamente colpisce una consistente frazione di nostri concittadini anziani e/o con disabilità, nell'indifferenza collettiva.

Così, è di tutta evidenza come le parole scritte da de Beauvoir nel 1970 non abbiano affatto perso la loro attualità: a più di cinquant'anni dalla pubblicazione di *La terza età*, in relazione alla condizione anziana i temi qualificanti sono ancora il mancato riconoscimento della comune umanità, la diseguaglianza, la discriminazione sistemica, l'esclusione.

Quando si affronta il tema dei diritti delle persone anziane — nonché quello, ad esso strettamente correlato, della loro capacità di scelta — questo presupposto culturale non può essere ignorato. Il diritto partecipa infatti inevitabilmente dei valori socialmente dominanti: li presuppone e contribuisce a veicolarli, rivelando così di non poter essere considerato una semplice tecnica, neutra rispetto a giudizi di valore sulle esistenze di coloro che si muovono attraverso le sue maglie, ossia, a ben vedere, ogni essere umano.

Per questo motivo, è opportuno esplicitare il presupposto da cui muoverò all'interno del presente contributo: nel prosieguo, mi soffermerò su alcuni degli aspetti che a me paiono qualificanti in relazione al significato giuridico della capacità di scelta delle persone anziane assumendo che le loro vite siano — non ineguali, ma, al contrario — *eguali*. Su tale base, sosterrò che le persone anziane sono anche titolari del medesimo diritto di tutti i consociati a essere viste e ascoltate, nonché riconosciute quali titolari dei diritti fondamentali, appunto in condizioni di eguaglianza con gli altri esseri umani, e che tra questi diritti figura anche quello di autodeterminazione e di scelta.

## L'anziano capace: una necessaria disambiguazione

Affrontare il tema del diritto di scelta della persona anziana richiede di partire dal presupposto della sua capacità, fatta salva la prova contraria, legata alle circostanze del caso concreto. Tale presupposto, a ben vedere, non pare affatto indiscusso, né tantomeno è condiviso, sia che ci si muova sul piano socioculturale, sia che si prenda in considerazione la sfera giuridica. Più precisamente, oggi la presunzione relativa alla capacità della persona anziana sembra valere solo per *alcuni* individui, ma non per tutti.

Invero, negli ultimi anni abbiamo visto ricorrere sempre più di frequente a espressioni quali *invecchiamento attivo*, *invecchiamento di successo* e *invecchiamento in salute*. Si tratta di termini di norma nati nel contesto americano, che trovano un impiego sempre più vasto anche all'interno delle politiche europee e dei documenti adottati dalle maggiori istituzioni internazionali, a partire dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (per una ricostruzione critica si veda Serpe, 2022). Nelle loro parziali sovrapposizioni semantiche, tali termini non possono essere considerati meramente descrittivi, ma assumono un significato normativo, laddove favoriscono l'affermazione di una precisa idea di soggetto anziano, che funge da modello al quale aspirare, ponendo in essere comportamenti che consentano, appunto, un invecchiamento attivo, di successo e/o in salute.

Ricorrendo all'uso di queste espressioni, ci si propone infatti di favorire l'affermazione di una nuova cultura dell'anzianità, ove il soggetto anziano è riconosciuto come eguale in quanto è in grado di essere attivo, dinamico, di reinventare la propria vita, di contribuire al benessere sociale anche dopo il pensionamento (*in primis* attraverso attività di volontariato o di welfare informale), nonché di «consumare» la città (Carrera, 2020), partecipando alla vita culturale, sociale ed economica. In tal modo, ci si propone di superare la narrazione inferiorizzante e medica che lega in modo esclusivo (e finanche inesorabile) la vecchiaia al decadimento, alla fragilità, alla vulnerabilità e alla dipendenza; una narrazione, questa, che sembra ancora ben lungi dall'essere abbandonata.

Ebbene, il soggetto attivo, dinamico, produttivo, consumatore della città e presente all'interno di uno spazio pubblico di cui è padrone è certamente capace di scegliere in un modo che sia giuridicamente rilevante perché, a ben vedere, non differisce — se non per il semplice requisito anagrafico — dal tradizionale soggetto

titolare dei diritti, che tra le sue caratteristiche è adulto, razionale, indipendente, produttivo.

Non a caso, questa tipologia di anziano è anche il soggetto al quale oggi si riferiscono i giuristi quando parlano di *nuovo soggetto di diritto* (Gardella Tedeschi, 2020, e, più approfonditamente, 2021), con un'espressione che può forse lasciare perplessi, in quanto la condizione anziana esiste chiaramente dalla notte dei tempi, ma che può essere facilmente spiegata se solo si considerano due aspetti. In primo luogo, a differenza di quanto accade nel passaggio dalla minore alla maggiore età, il diritto non fissa un'età soglia, varcata la quale si è anziani. Ne consegue che, mentre il passaggio dalla minore età a quella adulta produce un cambiamento rilevante nello status giuridico del soggetto — che in genere è apprezzabile proprio facendo riferimento alla capacità d'agire, che nell'adulto, diversamente dal minore, è piena —, lo stesso non si verifica nel passaggio dall'adulthood alla vecchiaia, che di per sé non è codificata e non comporta alcun cambiamento di status, né incide sulla capacità d'agire.

In secondo luogo, in modo complementare rispetto a quanto appena precisato, bisogna osservare come le previsioni giuridiche che si riferiscono espressamente alle persone anziane siano poche, e tutte di elaborazione abbastanza recente. In passato, infatti, si era soliti fare rientrare l'età all'interno di clausole più generali, che di norma si richiamavano a *ogni altra condizione*. Ancora oggi, poi, all'interno dell'Unione europea l'età viene considerata la Cenerentola del diritto antidiscriminatorio. Tra le poche norme che menzionano espressamente la condizione anziana figura l'articolo 25 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che riconosce il diritto delle persone anziane di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale.

Una grave lacuna è invece presente sul piano del diritto internazionale: nonostante se ne discuta da almeno un decennio, manca infatti una Convenzione ONU che tuteli specificamente i diritti delle persone anziane. Tale possibilità, ormai da diversi anni al vaglio della dottrina e oggetto di rinnovato interesse a seguito delle note *vicende pandemiche*, è oggetto di forti opposizioni: si sostiene infatti che la grande eterogeneità delle condizioni esistenziali riconducibili all'anzianità sarebbe ostativa all'approvazione di una Convenzione specifica, che tuteli i diritti di questi individui.

Non è questa la sede per soffermarmi su tali profili (sul punto, mi permetto di rimandare a Bernardini, 2021a); in estrema sintesi, noto soltanto che nel caso delle persone minori, con disabilità o delle donne (per citare alcuni soggetti per i quali è stata adottata una Convenzione *ad hoc*) l'eterogeneità delle condizioni esistenziali, che mi sembra difficile confutare, non ha impedito l'adozione di uno strumento normativo comune. L'impossibilità a cui si fa appello sembra dunque ancorata non tanto a una realtà immodificabile, quanto piuttosto a una mancanza di volontà politica. A riprova, si pensi al fatto che, nel contesto americano, l'attenzione a questi soggetti è finora stata molto maggiore: sul piano normativo, dal 2015 è in vigore una Convenzione inter-americana sui diritti delle persone anziane, adottata dall'Assemblea generale dell'Organizzazione degli Stati Americani (OAS). Inoltre, ormai da qualche decennio esiste una specifica riflessione sulla soggettività anziana, la cosiddetta *elder law*, di cui

in tempi più recenti si sta tentando l'affermazione anche in ambito europeo (a fini introduttivi, si veda Doron e Georgantzi, 2018). Dunque, anche se presenta ancora un carattere settoriale (è infatti limitata perlopiù a questioni di natura patrimoniale e lavoristica), l'*elder law* può essere considerata espressione di una specifica attenzione alla soggettività delle persone anziane, come tale rivelatrice di una volontà politica che va in una direzione diversa — quando non opposta — rispetto a quella finora espressa dalle Nazioni Unite.

Affermando che le persone anziane sono soggetti di diritto si intende dare peso al fatto che, oggi, tali individui hanno acquisito visibilità giuridica e che sono espressamente riconosciuti come titolari dei diritti in ogni ambito dell'esistenza; dunque, non unicamente nei campi per così dire «tradizionali», come quello socio-sanitario, socio-assistenziale o previdenziale. Si supera così quella rappresentazione che vede nell'anziano esclusivamente un portatore di bisogni da soddisfare, il polo dipendente di una relazione di cura che, anche qualora sia intesa come *care*, comunque spesso ingenera l'idea di una inevitabile dipendenza e passività, la quale a propria volta finisce per condizionare anche il riconoscimento della capacità di scelta.

Orbene, il cambio di prospettiva che consente di muovere dai bisogni ai diritti, dall'assistenza alla vita dignitosa e indipendente e alla connessa partecipazione alla vita culturale e sociale (secondo il dettato dell'articolo 25 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea richiamato poc'anzi) è chiaramente da salutarsi con favore. Tuttavia, a ben vedere esso sembra interessare alcune persone anziane più di altre.

In tema di anzianità, infatti, di norma si ricorre a una *grande divisione*, che porta a distinguere tra almeno due gruppi di persone anziane, presentati come profondamente diversi, tanto che si finisce per prendere in considerazione unicamente l'uno o l'altro gruppo. Si tratta, insomma, di due mondi non comunicanti. Da un lato, stanno acquisendo sempre maggiore visibilità i *baby boomers*, ossia i giovani anziani, quei soggetti attivi e dinamici che partecipano alla *silver economy*, sono consumatori di suolo pubblico e di attività culturali, e che non di rado investono nel mercato immobiliare di città pensate appositamente per loro; dall'altro, si trovano gli anziani fragili e quelli non autosufficienti.

Per i primi, si assiste al riconoscimento pressoché incondizionato (tra gli altri) anche del diritto di autodeterminazione e della capacità di scelta; per i secondi, proprio a causa della condizione di vulnerabilità nella quale versano, si tende piuttosto a parlare di incapacità e, assai spesso, a presumerla.

Nel prosieguo, intendo discostarmi da tale tendenza. Rifletterò infatti su alcuni dei profili della capacità di scelta che mi paiono più significativi avendo come orizzonte soggettivo di riferimento tanto le persone anziane attive, di successo e *healthy*, quanto quelle fragili e non autosufficienti. Con questo, non intendo sottostimare il fatto che esistono differenze tra le varie condizioni esistenziali, che possono peraltro essere anche profonde. Né voglio suggerire l'opportunità di adottare un approccio standard al tema dei diritti di queste persone, che non riconosca le differenze di condizione. Tuttavia, ritengo che solo ove *non* si operi alcuna esclusione preventiva di talune soggettività dall'orizzonte di riferimento del discorso — esclusione che, il più delle

volte, è da ascrivere a una visione stereotipata della realtà, più che alla realtà effettiva delle cose — sia possibile effettuare un ragionamento che non sia in conflitto con il principio di eguaglianza, nella sua duplice accezione formale e sostanziale. In breve, solo la considerazione della condizione anziana nel *suo complesso* consente di prendere sul serio quella che, nell'ordinamento italiano, è nota come *eguale valorizzazione delle differenze* (Ferrajoli, 2007, pp. 795-797; Gianformaggio, 2005, pp. 33-61) e, su tale base, può indurre a elaborare risposte istituzionali e giuridiche adeguate.

## Anzianità, (in)capacità e diritto: oltre l'ageism?

I giudizi relativi all'incapacità delle persone anziane, soprattutto se fragili e a maggior ragione nel caso in cui siano non autosufficienti, sono in gran parte il frutto di un approccio culturale *incapacitante*, che ancora permea (anche) il diritto, nonostante la presenza di importanti tentativi di superamento di tale approccio, dei quali darò conto a breve. Infatti, da un lato è vero che non esiste alcuna norma giuridica che depriva in modo automatico un individuo della propria capacità al raggiungimento di una certa età:

Se la legge definisce il minore [...] non si interessa dell'anziano [...] i codici [...] prevedono norme generiche riferibili anche alla incapacità dell'anziano, ma non specificamente a esso (come l'interdizione, l'inabilitazione, la capacità a testare, la incapacità naturale) (Comitato Nazionale di Bioetica, 2006, p. 35).

D'altro canto, però, l'invecchiamento (*rectius*: gli stereotipi ad esso collegati) incide sulla percezione che si ha della persona anziana come soggetto morale (soprattutto ove si verificano casi di rilevante declino cognitivo) e produce apprezzabili ricadute anche sulla sfera giuridica, fino a investire pure (e, forse, in primo luogo) il profilo della capacità.

Questa tensione è apprezzabile, ad esempio, in relazione al dibattito originatosi all'indomani dell'entrata in vigore della Legge n. 6 del 2004, che introduceva nell'ordinamento italiano l'istituto dell'amministrazione di sostegno. Quando, al tempo, si era posto il problema di individuare i confini di applicabilità dell'istituto in oggetto, si era paventata la possibilità di ricorrere all'amministrazione di sostegno quale strumento di *gestione ordinaria* della senilità, dunque a *prescindere* da ogni accertamento concreto circa la presenza dei presupposti applicativi dell'articolo 404 del codice civile (ossia un'infermità o una menomazione fisica o psichica che pongano la persona nell'impossibilità di provvedere ai propri interessi).

Attraverso il riferimento all'argomento interpretativo noto come *intenzione del legislatore*, ben presto in dottrina si optò per la soluzione contraria, dunque per la non applicabilità automatica dell'istituto. Si sostenne infatti che, avendo scelto di non menzionare espressamente tra i possibili beneficiari dell'amministrazione di sostegno le persone anziane, il legislatore aveva ritenuto che tale condizione esistenziale non giustificasse, di per sé sola, la privazione dell'autodeterminazione personale in capo a un individuo. E questo perché

di fronte al moderno fenomeno di un significativo aumento della lunghezza della vita, peraltro spesso collegato al sopravvenire di patologie delle capacità mentali, l'ordinamento giuridico non ha ritenuto di modificare il sistema tradizionale che collega a una età prestabilita l'inizio della capacità di agire mentre non prevede alcun limite della capacità stessa automaticamente collegato al raggiungimento di un'età predeterminata. Nel contempo, una precisa coscienza delle esigenze della persona anziana, e in particolare di quella molto anziana che soffre di menomazioni fisiche e psichiche, deve indurre a una equilibrata applicazione del nuovo istituto *quando la senilità conduce a una significativa diminuzione delle capacità di intendere o di volere* (Patti, 2009, p. 261, corsivo mio).

Pertanto, è ormai opinione condivisa che, se la vecchiaia non si sostanzia nella presenza dei requisiti che legittimano l'attivazione dell'istituto, nessuna forma di limitazione della capacità della persona anziana sia legittima (si veda anche Di Masi, 2018). L'invecchiamento deve infatti essere considerato *in termini neutri*, ossia come espressione di un aspetto fisiologico della vita umana.

Riportare alla memoria questo dibattito, nonostante sia un po' risalente, permette di comprendere quale fosse l'approccio culturale alla vecchiaia diffuso fino a tempi recenti: se è vero che, a differenza dell'interdizione e dell'inabilitazione, con l'amministrazione di sostegno la persona mantiene la propria capacità d'agire (che viene limitata non nel suo complesso, ma in relazione a specifici atti), al contempo è chiaro anche come il fatto stesso di paventare la possibilità di ricorrere al meccanismo presuntivo sia da ascrivere al convincimento che anzianità e incapacità siano strettamente — quando non inscindibilmente — legate tra loro.

Ancora oggi, del resto, questa visione incapacitante non sembra completamente venuta meno: si pensi ai casi in cui le preferenze delle persone che siano beneficiarie di amministrazione di sostegno vengono disattese in quanto considerate «meri capricci», o espressione di «orgoglio ingiustificato».<sup>2</sup>

Tuttavia, di recente questo approccio è stato messo in discussione. Sul piano internazionale, il merito della *svolta capacitante* deve essere attribuito all'articolo 12 della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità (*Convention on the Rights of Persons with Disabilities – CRPD*), che accoglie il principio della cosiddetta «capacità legale universale», ampiamente dibattuto soprattutto nel contesto internazionale.<sup>3</sup> Se pure le persone anziane non sono (necessariamente) disabili, questo articolo trova applicazione anche nei loro confronti, per almeno due ragioni. In primo luogo perché, in mancanza di una convenzione internazionale *ad hoc*, di norma si effettua un amplia-

<sup>2</sup> Tribunale di Vercelli, sez. civ. volontaria giurisdizione, decreto del 28 marzo 2018. Riportando questo dato, non intendo negare che, in concreto, talvolta non sia possibile dare seguito alla volontà della persona anziana. Tuttavia, spie linguistiche quali «meri capricci» o «orgoglio ingiustificato» sembrano espressione di una tendenza a «derubricare» la rilevanza giuridica di tali espressioni di volontà, quasi provenissero da individui che non possono essere considerati soggetti *in senso pieno*, o quantomeno soggetti *eguali*.

<sup>3</sup> Per un inquadramento dei profili rilevanti dell'art. 12 CRPD, nella letteratura italiana sia permesso rimandare a Bernardini, 2021b, cap. II; per il dibattito internazionale, si veda invece Bach e Espejo Yaksic, 2022.

mento dell'ambito di applicazione soggettiva della CPRD, che porta a ricomprendere anche le persone anziane. Questo perché i diritti ivi contemplati coincidono, per la maggior parte, con quelli già riconosciuti agli individui anziani, o di cui si richiede il riconoscimento (tra questi, figura innanzitutto il diritto alla vita indipendente). Inoltre, è proprio la «vocazione universalistica» dell'art. 12 CRPD a suggerire l'applicazione di tale articolo anche a coloro che non siano disabili: la capacità universale è propria, infatti, di tutti gli individui.

L'art. 12 CRPD è molto denso e può essere considerato «rivoluzionario» sotto molteplici profili. Ai fini che qui interessano, preme metterne in rilievo alcuni aspetti caratterizzanti: in primo luogo, ai sensi dell'art. 12 CRPD è sempre necessario presumere la *capacità* della persona, anche in presenza di fragilità, decadimento cognitivo, deficit cognitivi, o di ogni altra condizione che possa incidere sulla razionalità e/o sull'autonomia del soggetto, per come sono di norma intesi.<sup>4</sup> Con l'art. 12 CRPD ci si discosta dunque da tale concezione per abbracciarne una più vicina a quella che in letteratura è nota come «autonomia relazionale», che trova dunque applicazione anche oltre l'ambito bioetico, nel quale è stata originariamente elaborata.

Va rimarcato che, ai sensi dell'art. 12 CRPD, l'individuo ha il *diritto* di avvalersi di reti di supporto che gli consentano di decidere e di agire autonomamente, dunque la relazione di supporto non può essere semplicisticamente ri(con)dotta a un aiuto, nella disponibilità di chi sia chiamato a fornirlo. Lunghi dal costituire un possibile «attacco» alla sfera individuale, in questa prospettiva le relazioni divengono dunque parte di quel processo che permette al soggetto di autodeterminarsi e di compiere azioni — appunto — autonome.

Infine, è bene rimarcare come, a eccezione dei casi limite (quali lo stato vegetativo o l'incoscienza), ai sensi dell'art. 12 CRPD il supporto non possa mai trasformarsi in sostituzione: secondo il Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità, che ha fornito l'interpretazione autentica di questo articolo all'interno del noto *General Comment* n. 1 nel 2014, l'operatività del *best interest* oggettivo, ossia la valutazione del miglior interesse dell'individuo, è sempre preclusa, anche qualora sia effettuata dai familiari. Al più, si potrà fare riferimento alle preferenze che siano state espresse in precedenza dalla persona interessata, all'interno di appositi documenti,<sup>5</sup> o che siano altrimenti ricostruibili. La *ratio* di tale previsione è quella di garantire la centralità della persona, che ha altresì il diritto a essere messa nelle condizioni di partecipare alle scelte che la riguardano. Così, ad esempio, il fatto che una persona anziana non abbia alcune capacità fisiche o strumentali per vivere la vita quotidiana (ad esempio, non sia in grado di lavarsi o alimentarsi senza supporto) non ne implica automaticamente l'incapacità di decidere, né giustifica la sostituzione nell'esercizio della scelta

<sup>4</sup> Soprattutto in passato, ma spesso ancora oggi, affinché un soggetto fosse considerato autonomo, si è richiesto che esibisse una capacità deliberativa di second'ordine e che fosse autonomo nel senso di non richiedere il supporto altrui nella formazione delle proprie preferenze e nell'esercizio delle sue azioni.

<sup>5</sup> È il caso delle disposizioni anticipate di trattamento, sulle quali mi soffermerò brevemente nel prosieguo.

da parte della famiglia, del(la) caregiver o dell'amministratore di sostegno. Ai sensi della CRPD, questa sostituzione costituisce infatti un abuso.

Letta alla luce di questo principio — che, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, non a caso è uno dei principi ispiratori della legge-delega sulla disabilità che troverà compiuta attuazione nel corso del 2023 — la normativa italiana appare attraversata da alcune contraddizioni, che indicano come fino a ora non sia stata effettuata una decisa scelta culturale in merito all'abbandono del paradigma incapacitante relativo ai soggetti che si trovino in una condizione di vulnerabilità. L'approccio incapacitante non può dirsi dunque completamente superato, come si può verificare prendendo in considerazione due esempi paradigmatici.

### *Tensioni tra paradigmi I: il caso delle DAT*

Dopo avere previsto che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito in assenza del consenso libero e informato della persona interessata (tranne in casi disciplinati dalla legge, come il trattamento sanitario obbligatorio), la Legge 219 del 2017, relativa al Consenso informato e alle Disposizioni anticipate di trattamento (DAT), individua una serie di requisiti da rispettare al fine di garantire che tale consenso sia davvero informato. Introduce poi, correlato al diritto di autodeterminazione in ambito terapeutico, le DAT, prevedendo che ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi, possa esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari o in relazione a precise scelte terapeutiche, indicando a tal fine un fiduciario e rispettando le modalità stabilite dalla stessa Legge 219. Infine, vengono individuate le ipotesi tassative che consentono di disattendere queste scelte.

Orbene, nella legge è presente l'articolo 3, che contempla l'ipotesi in cui il paziente non sia pienamente capace d'agire, o perché minore, o perché sottoposto a una misura di incapacitazione (ossia a interdizione, inabilitazione o amministrazione di sostegno). Vi si stabilisce che, in tali casi, il consenso possa essere prestato rispettivamente dal tutore, dal curatore, o dall'amministratore di sostegno, qualora il potere di rappresentanza esclusiva gli sia stato conferito nel decreto di nomina, e tenendo comunque conto del grado di capacità di intendere e di volere del beneficiario. In mancanza di DAT, decide il giudice tutelare.

Ebbene, questa legge esemplifica bene le contraddizioni dei paradigmi culturali delineati in precedenza: quello capacitante, da un lato, e quello medico e incapacitante, dall'altro. All'art. 3, essa riconosce infatti il diritto di autodeterminazione anche in capo alle persone con capacità d'agire limitata. Questo significa che tali individui devono essere riconosciuti come protagonisti della propria vita nonostante siano privi di alcune facoltà cognitive o intellettive, come può accadere non solo nel caso di disabilità, ma anche in presenza del decadimento che può verificarsi con l'invecchiamento, o con l'insorgenza di malattie neurodegenerative. E, se tali persone hanno il diritto di scegliere, ciò significa che devono anche poter ricevere le informazioni rilevanti, che dovranno dunque essere parametrare sulle loro capacità; in altri termini, devono es-

sere garantite quelle condizioni che consentano loro di esprimere la propria volontà in modo consapevole. Riemerge così l'importanza dell'ottica relazionale vista in precedenza: l'attenzione all'altro/a non è da considerarsi solo nei termini dell'empatia e della sollecitudine individuale, come spesso viene presentata, ma va riconosciuta anche nella sua dimensione giuridica (per quanto, certo, a volte difficilmente esigibile e coercibile). Non a caso, la necessità di adeguare la comunicazione alle capacità di comprensione della persona assistita (e del suo rappresentante legale) è prevista anche dal Codice Italiano di Deontologia Medica (art. 33), che peraltro costituisce un atto rilevante anche giuridicamente, seppure in un'ottica *soft*.<sup>6</sup>

D'altro canto, però, la legge tradisce il non completo abbandono del paradigma incapacitante. Questo aspetto può essere riscontrato già dalla «spia linguistica» presente nella rubrica dell'art. 3, ove si trova il riferimento a minori e «incapaci». Sul piano contenutistico, poi, la legge fa riferimento ai casi di interdizione e inabilitazione e ammette anche che il giudice possa conferire all'amministratore di sostegno il potere di *sostituirsi* al beneficiario, così prestando il consenso *in luogo dell'incapace*.

Orbene, è facile avvedersi di come questa impostazione non sia solo problematica sul piano culturale, ma confligga anche con gli obblighi internazionali e, in particolare, con l'art. 12 CRPD. Non a caso, nel corso della propria azione di monitoraggio, ancora nel 2016 il Comitato ONU CRPD aveva rilevato varie criticità relative alla permanenza di istituti «incapacitanti» all'interno del nostro ordinamento, ove peraltro già dagli anni Ottanta del Novecento si discute in relazione all'opportunità di abrogare l'interdizione e l'inabilitazione. Con la ratifica della CRPD da parte dell'ordinamento italiano, questa opportunità diviene una necessità, così come deve essere attentamente vagliata la possibilità di riconoscere poteri sostitutivi in capo all'amministratore di sostegno.

### *Tensioni tra paradigmi II: dove e con chi vivere*

Un altro ambito in cui il contrasto tra i due paradigmi è particolarmente percepibile è quello relativo al diritto all'abitare, che proprio dopo il periodo pandemico è sempre più al centro di numerosi dibattiti: la scelta relativa al «dove» e «con chi» vivere, che costituisce già da tempo oggetto delle rivendicazioni dei diritti delle persone con disabilità, è infatti oggetto di grande fermento tra quanti insistono sulla necessità di prevedere delle alternative alle strutture di *long-term care*, valorizzando appunto quanto più possibile le preferenze della persona interessata. In questo contesto, la mancata attuazione del welfare territoriale e di prossimità porta infatti spesso a configurare il rapporto tra le strutture residenziali e il «fuori» come un rapporto regola-eccezione, nonostante la presenza di varie esperienze di residenzialità «alternativa», che tuttavia il più delle volte vengono ancora presentate in termini di «sperimentalismo» (e, come tali, concepite come eccezioni alla regola). A volte, poi, sono le stesse persone anziane a optare per il ricovero in struttura residenziale, esercitando così il proprio diritto di scelta.

<sup>6</sup> Sulla distinzione tra *hard law* e *soft law*, si veda Pastore, 2003.

Senza mettere in dubbio l'importante funzione *attualmente* svolta da queste strutture, è però lecito chiedersi se un altro mondo sia possibile. Invero, la «svolta capacitante» che ha avuto luogo con l'art. 12 CRPD permette di osservare il tema dell'abitare sotto un angolo prospettico diverso da quello usuale, facendo emergere la centralità di due questioni, che meritano di essere discusse non solo da parte della dottrina specialistica, come avviene oggi, ma anche in contesti più ampi, secondo un trend emergente.

La prima questione riguarda proprio la possibilità di scegliere il luogo in cui vivere, che ai sensi della CRPD ben *può* — o, piuttosto, *deve* — essere alternativo alla struttura residenziale. La lettura congiunta dell'art. 12 CRPD (capacità) e dell'art. 19 CRPD (diritto alla vita indipendente) impone infatti di rispettare al massimo grado possibile la volontà della persona in merito al ricovero nella struttura e alla fuoriuscita dalla stessa, qualora ne sussistano le condizioni, senza che altri si possano sostituire a lei, decidendo per il suo bene. In quest'ottica, dunque, si tratta di rifiutare ogni approccio incapacitante che da un lato non riconosca alla persona interessata il diritto di scelta, e dall'altro consideri come «naturale» o finanche inevitabile il ricovero all'interno di una struttura.<sup>7</sup>

Affinché la scelta di vivere «fuori» possa essere effettiva è però necessario che siano garantite le cosiddette «condizioni della libera scelta».<sup>8</sup> Non basta, infatti, che il riconoscimento della capacità di scelta avvenga in astratto; piuttosto, è necessario che siano disponibili almeno due opzioni significative tra cui scegliere, ossia che siano presenti adeguate condizioni simboliche, materiali e giuridiche, in presenza delle quali — appunto — la persona possa optare per la soluzione preferita.

Orbene, se prendiamo in considerazione in caso italiano, è facile avvedersi di come, a oggi, queste condizioni siano carenti. Il sistema di welfare è ancora perlopiù di tipo familistico, i supporti sono perlopiù forniti sotto forma di (insufficienti) elargizioni monetarie, l'assistenza domiciliare di norma non copre il fabbisogno, nel corso del tempo i servizi territoriali sono stati oggetto di un progressivo «smantellamento», l'istituzionalizzazione è presentata come risposta ordinaria (quando non unica) alla popolazione anziana (a prescindere, anzi *contro* ogni valutazione in termini economici).

Dato questo contesto, è legittimo chiedersi quanto una persona anziana sia davvero libera di scegliere «dove», «come» e «con chi» vivere, atteso che le condizioni simboliche, materiali e giuridiche della libera scelta paiono carenti. La rappresentazione dell'anziano come un «peso» per la società e la famiglia rivela la mancanza delle condizioni simboliche; la carenza di servizi e l'insufficienza di sussidi si traducono in precarietà delle condizioni materiali, mentre la mancata informazione relativa al diritto di abitare al di fuori delle strutture, unitamente alla presenza di una burocratizzazione che rende l'accesso a sussidi e agevolazioni una vera e propria «lotta per i diritti», sono alcune delle spie relative alla mancanza di condizioni giuridiche adeguate ai fini dell'effettuazione di una «libera scelta».

<sup>7</sup> A tal fine, rileva anche l'art. 14 CRPD, relativo alla tutela della libertà personale.

<sup>8</sup> Nel dibattito generale, si veda Facchi e Giolo, 2020; in relazione alla disabilità, Bernardini, 2021c.

## Che fare?

Di nuovo, una corretta impostazione del problema non può che partire dal piano culturale: se non si hanno chiari i principi che costituiscono lo sfondo necessario degli interventi normativi e della pratica, si rischia infatti di perpetrare, anche in modo del tutto involontario, odiose forme di discriminazione e di misconoscimento delle persone, o di violarne inconsapevolmente i diritti (sovente «derubricati» a meri bisogni). Riconoscimento, capacità, diritti e relazioni costituiscono pertanto una parte irrinunciabile di questo cambiamento culturale, diretto a rompere definitivamente quella *congiura del silenzio* di cui scriveva magistralmente de Beauvoir, sì da muovere verso una società più giusta, che tuteli in modo adeguato ed effettivo i diritti di tutte e tutti.

## Abstract

*The essay dwells on some of the qualifying aspects of the legal relevance of the capacity to choose for the elderly. To this end, against every «ageist narrative», the Author moves from the assumption that elderly's lives have equal dignity, if compared to those of the other society's members. It follows that the elderly's full ownership of fundamental rights should also be recognized, and the effectiveness of their rights ensured.*

## Keywords

*Elderly – Capacity – Right to choose – Ageism – Autonomy.*

## Bibliografia

- Bach M. e EspejoYaksic N. (a cura di) (2022), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Ciudad de México, México, D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Bernardini M.G. (2021a), *Vite di scarto. Vecchiaia, strutturale emergenza e invisibile crisi dei diritti umani*. In V. Lorubbio, G. Gioffredi e A. Pisanò (a cura di), *Diritti umani in crisi? Emergenze, disuguaglianze, esclusioni*, Pisa, Pacini, pp. 163-176.
- Bernardini M.G. (2021b), *La capacità vulnerabile*, Napoli, Jovene.
- Bernardini M.G. (2021c), *Libera età. I corpi delle persone anziane non autosufficienti*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», n. 2, pp. 427-443.
- Bernardini M.G. e Giolo O. (a cura di) (2017), *Le teorie critiche del diritto*, Pisa, Pacini.
- Bobbio N. (1996), *De senectute e altri scritti autobiografici*, Torino, Einaudi.
- Butler J. (2013), *Vite precarie. I poteri del lutto e della violenza*, Milano, Postmedia Books, ed. or. 2004.
- Butler R. (1989), *Dispelling ageism: The cross-cutting intervention*, «Annals of the American Academy of Political and Social Science», n. 503, pp. 138-147.
- Calabresi G. e Bobbitt P. (2006), *Scelte tragiche*, Milano, Giuffrè, ed. or. 1978.

- Carrera L. (2020), *Gli anziani e la domanda di città*, «SocietàMutamentoPolitica», vol. 11, n. 21, pp. 203-211.
- Comitato Nazionale di Bioetica (2006), *Bioetica e diritti degli anziani*, Roma.
- de Beauvoir S. (1971), *La terza età*, Torino, Einaudi, ed. or. 1970.
- Di Masi M. (2018), *Ads, «gap» cognitivi e senilità: la Cassazione presidia l'autodeterminazione degli autosufficienti*, «Rivista Critica del Diritto Privato», vol. 36, n. 2, pp. 307-319.
- Doron I. e Georgantzi N. (2018), *Ageing, ageism and the law. European perspectives on the rights of older persons*, Cheltenham, UK, Edward Elgar.
- Facchi A. e Giolo O. (2020), *Libera scelta e libera condizione*, Bologna, il Mulino.
- Fassin D. (2019), *Le vite ineguali. Quanto vale un essere umano*, Milano, Feltrinelli.
- Ferrajoli L. (2007), *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- Gardella Tedeschi B. (2020), *Anziano: un nuovo soggetto giuridico?*, «UPO Aging Project», 15 giugno, intervista a cura di F. Memini, <https://www.agingproject.uniupo.it/anziano-un-nuovo-soggetto-giuridico/> (consultato il 5 dicembre 2022).
- Gardella Tedeschi B. (2021), *L'indagine giuridica*. In V. Cappellato, B. Gardella Tedeschi e E. Mercuri, *Anziani. Diritti, bisogni, prospettive*, Bologna, il Mulino, pp. 181-214.
- Gianformaggio L. (2005), *Eguaglianza, donne, diritto*, a cura di A. Facchi, C. Faralli e T. Pitch, Bologna, il Mulino.
- Nagel T. (1986), *Questioni mortali*, Milano, Il Saggiatore, ed. or. 1979.
- Nitrato Izzo V. (2019), *Dilemmi e ragionamento giuridico. Il diritto di fronte ai casi tragici*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Palazzani L. (2022), *Bioetica e pandemia. Dilemmi e lezioni da non dimenticare*, Brescia, Scholé Morcelliana.
- Pastore B. (2003), *Soft law, gradi di normatività e teoria delle fonti*, «Lavoro e diritto», n. 1, pp. 5-16.
- Patti S. (2009), *Senilità e autonomia negoziale della persona*, «Famiglia, Persone, Successioni», n. 3, pp. 259-263.
- Serpe A. (2022), *Active Ageing tra scienza e diritto. Trionfo o sfida?* In D. Velo Dalbrenta (a cura di), *Invecchiamento della popolazione e passaggi generazionali. Tomo I. Questioni critiche*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, pp. 179-211.
- Tarantino C. (2021), *Il pappocidio. La strage dei nonni al tempo del Covid-19*. In M.G. Bernardini e S. Carnovali (a cura di), *Diritti umani in emergenza. Dialoghi sulla disabilità al tempo del Covid-19*, Roma, IF Press, pp. 71-80.

Bernardini M.G. (2022), *Capaci di scegliere? Autonomia e diritti delle persone anziane*, «Lavoro Sociale», vol. 22, suppl. al n. 6, pp. 75-88, doi: 10.14605/LS117