

Lungo il percorso di costituzionalizzazione della persona Riflessioni sull'opera di Stefano Rodotà

*Stefano Rossi**

“non è lume di chiesa o d’officina/
che alimenti/chierico rosso, o nero
/Solo quest’iride posso/ lasciarti a te-
stimonianza/ d’una fede che fu com-
battuta, /d’una speranza che bruciò
più lenta/ di un duro ceppo nel foco-
lare”

(E. Montale, Piccolo testamento)

ALONG THE ROUTE OF CONSTITUTIONALISATION OF THE PERSON REFLECTIONS ON THE WORK OF STEFANO RODOTÀ

ABSTRACT: Stefano Rodotà was a frontier man. On the border between private law and constitutional law, on the border between law and politics and between intellectual research and institutional commitment. The intellectual path of Rodotà has developed from the critique of the property and the anthropological model of individualism owned by the research on humans, moving towards new frontiers, concentrating each time on unprecedented themes and problems: from the web, to privacy to the tragic cases of bio-law and bioethics. The red thread of his research however comes in the reconfiguration of the concepts and legal categories in a constitutionally oriented way, to give centrality to the person and his rights.

KEYWORDS: Rodotà; Constitution; Private law; Person, Dignity

SOMMARIO: 1. La costituzionalizzazione del diritto civile e il contributo di Stefano Rodotà – 1.1 Metodo e grammatica dei diritti – 2. Sulle forme del governo del corpo – 2.1. La legge sul fine vita come forma di governo del corpo – 3. Dalla famiglia alle familiae – 4. La dignità come luogo di intersezione dei diritti.

* *Dottore di ricerca in Diritto pubblico e tributario nella dimensione europea – Università di Bergamo. Mail: stefano.rossi@unibg.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

1. La costituzionalizzazione del diritto civile e il contributo di Stefano Rodotà

Vi sono uomini che vivono nel loro tempo e altri che lo plasmano¹. Stefano Rodotà, che fu tra i capifila di quel gruppo di giovani studiosi che, attraverso le loro coraggiose ed innovative analisi di stampo antiformalistico sugli istituti fondamentali del diritto civile, cambiarono il volto della paludata dottrina dei primi anni sessanta², rientra certamente in questa seconda categoria.

È pur vero che anche il contesto, la temperie dei tempi, ha contribuito nell'assegnare al giurista, come intellettuale e come interprete dell'esperienza del diritto, il compito di saldare, quali momenti di una riflessione unitaria, le vicende storiche e sociali, le pratiche politiche e culturali entro una rinnovata trama di coerenza tecnica delle norme e degli istituti che il sistema giuridico deve apprestare affinché la molteplicità di quei linguaggi sappia disporsi all'esperienza del dialogo con la materialità del reale.

Questa "rivoluzione" teorica e metodologica maturò negli anni sessanta, momento in cui la transizione oltre la modernità giuridica fu avvertita in tutta la sua intensità, imponendo agli studiosi delle diverse discipline di analizzare la realtà con un rinnovato sentimento di inquietudine e di insoddisfazione che li avrebbe proiettati a costruire proposte volte ad ordinare l'instabilità di un diritto ormai eroso nelle sue fondamenta codicistiche e legalistiche³. Un diritto che, con la progressiva proliferazione delle formazioni sociali, l'affermazione di uno Stato pluriclasse e la scelta della democrazia repubblicana, non era più in grado di ridurre il mondo all'essenziale e di dominare la proliferazione del reale in una laconica unità di significato, costringendo le dolorose dissonanze della vita – ma anche le sue riottose diversità – nella compatta armonia della forma.

¹ Quest'ultima categoria di uomini è ben descritta da una frase di Arendt, ovvero «è come se determinate persone si trovassero nella propria vita [...] talmente esposte da poter essere paragonate nello stesso tempo a punti d'incrocio e a oggettivazioni concrete "della vita"». Cfr. lettera n. 15 del 24 marzo 1930 a Karl Jaspers in J. KRISTEVA, *Hanna Arendt. La vita, le parole*, Roma, 2005, 19.

² Come ricorda P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, 17 s. vi era chi riteneva che «il sano e solido giurista – particolarmente il civilista – non avrebbe dovuto dare eccessiva attenzione alla Costituzione, essendo questa una 'cosa' di difficile valutazione, collocabile più su un terreno filosofico-politico che giuridico; avrebbe dovuto, invece, continuare ad appagarsi della sicura sapienza giuridica distillata nel solco della tradizione moderna [...] nella persuasione che l'astrattezza – o, se si vuole, la purezza – fosse la virtù inabdicabile del civilista. Sarà solo dagli anni Sessanta che alcuni civilisti – i più colti, i più sensibili al processo storico – cominceranno a rileggere il Codice Civile in stretta connessione dialettica con i principii del testo costituzionale e a familiarizzarsi in due piani di legalità, il primo dei quali sovraordinato e depositario della legittimazione». Anche L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999, 57-58.

³ S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile (Prolusione al corso di Diritto civile tenuta nella Università di Macerata il 18 dicembre 1966)*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, 65, 83 ss. invitava lo studioso del diritto «a muovere verso le frontiere della sua scienza», consapevole che «nei tempi nuovi, di certo, non gli si addice la tranquilla coscienza di chi è pago della saldezza e dell'armonia delle costruzioni edificate dai suoi predecessori, ma l'animo ardito e inquieto di chi si accinge a ripercorrere intero un difficile cammino di metodi e di esperienze». Coeve sono le prolusioni, altrettanto influenti, di N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (riflessioni sul metodo). Prolusione al corso di Istituzioni di diritto privato tenuta il 16 marzo 1968 nell'Università di Bari*, in *Riv. dir. civ.*, 1968 e di P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare. Prolusione tenuta al corso di Diritto civile tenuta il 19 aprile 1969 nell'Università di Camerino, ora in Scuole, tendenze e metodi. Problemi di diritto civile*, Napoli, 1989.

La riflessione teorica di quel periodo venne quindi ad elaborare modelli di politica del diritto che compendiano sia valutazioni normative sia riflessioni strategiche finalizzate a risolvere il problema del rapporto tra diritto e regolazione sociale, dando vita ad un intreccio tra pensiero scientifico, giuridico e politico, teso a guidare la società e il suo sviluppo. Pertanto, la mitologia dell'autonomia del diritto, quale universo separato dalla politica, come il dogma della separatezza della cultura giuridica dalle altre scienze sociali vengono incrinati dall'affermarsi del punto di vista sociologico-fattuale divenuto parametro di effettività del diritto e di quello assiologico-costituzionale quale parametro di validità⁴. Si riafferma infine una rinnovata attualità del pensiero topico, ovvero del pensare problematicamente, sapendo cogliere – attraverso il dinamismo connesso alla dimensione diacronica dell'analisi – i problemi emergenti nella società per ricomporli in un quadro sistematico, rinunciando al puro concettualismo⁵.

Punto di riferimento e architrave di queste innovazioni teoriche è rappresentato quindi dal prezioso patrimonio di valori e principi iscritti nella Costituzione repubblicana attraverso cui l'intreccio tra diritto e storia è emerso dalle secche di un astratto appello alla intrinseca storicità dell'esperienza giuridica per tradursi, attraverso un uso dell'argomento costituzionale segnato da una nuova radicalità, in una esperienza trasformativa della società e delle sue regole⁶. Con il riconoscimento del carattere precettivo delle disposizioni della Costituzione, anche nei rapporti inter-privati, si è perciò valorizzato il testo, il quale, lungi dall'ospitare asettici dati normativi che chiedono soltanto di essere scoperti dalla scienza e applicati dalla giurisdizione, esprime piuttosto programmi di azione, cause finali cui deve tendere l'intera pratica giuridica. In questo contesto quindi la pervasività del diritto costituzionale e la capacità dello stesso di influire anche nei rapporti tra privati ha segnato, non solo il superamento di una condizione di indifferenza rispetto alla rete di rapporti propri della società civile, ma ha anche delineato la definitiva assunzione a livello costituzionale di quelle finalità di riequilibrio nei rapporti inter-privati, di protezione dei soggetti deboli, di limite ai poteri pubblici, come ai potentati privati, nelle quali si è colto un tratto caratteristico delle esperienze del costituzionalismo pluralista.

Specie i civilisti rinvennero nella Costituzione quelle risorse trasformative in grado di dare forma all'immagine di un vorticoso mutamento sociale che rendeva indifferibile dare corso ad un profondo rinnovamento delle categorie interpretative e allo statuto epistemologico del giurista⁷: in particolare, facendo leva sul pluralismo che «offriva il destro ad una revisione del sistema delle

⁴ L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, cit., 72; anche N. IRTI, *Una generazione di giuristi, in La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative, Congresso dei civilisti italiani (Venezia 23-26 giugno 1988)*, Padova, 1991, 971 ss.

⁵ Sul metodo topico L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1996, 3 ss.

⁶ L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, 2004, 137 ss.; S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 115 ss.

⁷ G. TARELLO, *Atteggiamenti dottrinali e mutamenti strutturali dell'organizzazione giuridica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1981, 157 secondo cui «se si rivolge uno sguardo d'insieme all'evoluzione della dottrina giuridica italiana nel dopoguerra, e cioè dal 1946 ad oggi, balza all'occhio dell'osservatore, con evidenza e chiarezza, che vi è stato un profondo mutamento, direi quasi una svolta, tra la fine degli anni sessanta e l'inizio degli anni settanta. [...] La svolta profonda [...] riguarda l'atteggiamento dei giuristi, e perciò della dottrina in generale, nella considerazione del proprio ruolo di fronte all'organizzazione giuridica».

fonti, immobilizzato e anche mummificato all'interno del Codice nei decrepiti articoli delle 'disposizioni preliminari'; [sul]le dimensioni sociale e collettiva vi erano pienamente valorizzate trovando un fattore interno di coesione nel principio di solidarietà; [su]l soggetto non [...] più individuo insulare e astratto, galleggiante in un paesaggio meta-storico senza spazio né tempo; al contrario, [...] trasformato in persona, ossia inserito in un contesto storico, titolare di diritti e di doveri e al centro di un tessuto relazionale che ne esaltava la naturale socialità»⁸.

Tale patrimonio ha consentito di immergere il diritto entro lo spirito del tempo, nel contesto della società, dei suoi valori, bisogni ed interessi. Il diritto e la tavola costituzionale sono divenuti "laboratorio" e strumento irrinunciabile per far emergere – nei suoi scarti e nelle sue eccedenze – il sostrato materiale del fenomeno giuridico che, immerso nella processualità della storia, sviluppa la sua potenza simbolica, performativa e trasformativa attraverso la prassi, l'esperienza e l'interpretazione.

In tal modo concetti, categorie e istituti che si erano cristallizzati in significati coerenti rispetto alla cornice paradigmatica della tradizione, a fronte del processo di adeguamento ai principi costituzionali si sono rivelati inadeguati ad afferrare la complessità recuperata e il dinamismo della realtà, conducendo gli interpreti ad abbandonare questi vecchi involucri alla ricerca di nuovi significati in linea con le nuove sensibilità teoriche⁹.

Compito del giurista – pratico o di cattedra – diviene dunque quello di integrare il sistema di diritto positivo, operando un bilanciamento tra interessi, valori costituzionali e modificazione dei valori sociali con la finalità di determinare innovazioni dell'organizzazione giuridica. Della necessità del confronto con altri saperi e della consapevolezza della funzione disciplinare del diritto nell'integrarli nell'ordinamento, il giurista deve essere avvertito, là dove riconosca, in quella particolare attività intellettuale riassunta nell'interpretazione che prelude e, infine, scaturisce dal 'dialogo' del processo o dal *dictum* del legislatore, la 'vita concreta' dei valori in cui trova luogo l'identità sociale, e là dove invochi altresì l'ascolto di un sapere immune da pregiudizi e piuttosto aperto allo spirito di autonomia che anima i conflitti di una società e di una cultura autenticamente pluraliste¹⁰.

Qui emerge l'idea di una interpretazione che, pur riconoscendo la storicità degli istituti giuridici, viene dunque a mutare il senso stesso della loro analisi, abbandonando i tradizionali procedimenti dogmatici a tutto vantaggio di una costruzione capace di modellarsi più direttamente sulla realtà storica dell'ordinamento vivente e di restituire a quegli strumenti la funzione di attuare i valori che soli potevano condurre a trasformazioni profonde della società.

La stagione della costituzionalizzazione del diritto privato si è così caratterizzata per alcune costanti: in primo luogo il consolidarsi della normatività e precettività del testo costituzionale nella cultura

⁸ P. GROSSI, *Il diritto civile italiano alle soglie del terzo millennio (Una post-fazione)*, in *Quad. fiorentini per una storia del pensiero giur. moderno*, 2010, 39, 473-474.

⁹ Sul processo di costituzionalizzazione del diritto privato i saggi raccolti in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008; anche A. PALAZZO, *Ermeneutica giuridica e costituzionalizzazione del diritto civile*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 339 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 83 ss.; C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015, 85 ss.

¹⁰ S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit., 86; contra G.B. FERRI, *Antiformalismo, democrazia, codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, 347 ss.

giuridica, in via ulteriore l'estensione del ruolo del giudiziario nella veste di garante dei principi fondamentali¹¹ e, non ultimo, il graduale processo di "materializzazione" della Costituzione che è stato preludio alla diffusione nell'ambiente sociale dei principi costituzionali ad alto grado di pervasività¹².

1.1. Metodo e grammatica dei diritti

Nel ricco e sfaccettato contesto, sopra delineato, si colloca l'insegnamento di Stefano Rodotà che è anzitutto proposta metodologica attraverso la configurazione di una nuova forma di diritto in cui il vecchio rapporto tra potere e sapere viene ad essere sostituito dal diverso nesso fra sapere e democrazia, fra diritto e politica. «È un metodo che affonda le sue radici nel divenire storico degli istituti e delle regole, nella connessione tra le regole e i valori, nella intersezione del diritto con l'economia, la politica e l'etica, nella traduzione del diritto nella prassi istituzionale, soprattutto nella vocazione del diritto alla soddisfazione della domanda di giustizia e della tutela degli interessi deboli»¹³. Abbattuto l'isolamento e l'indifferenza del sapere giuridico rispetto all'irruzione del reale, la ricerca di Rodotà si volge pertanto a demistificare gli istituti del diritto civile, mettendone in luce l'evoluzione dei significati sociali e politici¹⁴. Per realizzare tale obiettivo, «in antitesi alla tendenza a fare del diritto civile un museo di anticaglie»¹⁵, lo stesso Rodotà rileva la necessità di «una modifica del metodo della elaborazione [dei concetti giuridici], e dunque un abbandono dei tradizionali procedimenti dogmatici, a tutto vantaggio di una costruzione sistematica capace di modellarsi più direttamente sulla realtà storica dell'ordinamento legislativo. D'altra parte il valore di direttive interne del sistema privatistico, assunto da alcuni fondamentali principi costituzionali, comporta la necessità di considerare proprio tali principi come dati fondamentali per la costruzione del nuovo sistema, mutando il criterio di valutazione degli istituti intesi come i fondamenti dell'ordine civilistico, in primo luogo dell'autonomia privata, della proprietà e della responsabilità civile»¹⁶. Questa ambiziosa opera di rivisitazione dell'intero edificio privatistico, a fronte dello iato tra ordine legale

¹¹ E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, 47.

¹² G. BONGIOVANNI, *Neocostituzionalismo*, in *Annali Enc. dir.*, IV, 2011, 751 ss.

¹³ G. ALPA, *Il rinnovamento del diritto privato nella società moderna e i compiti del giurista: gli insegnamenti di Stefano Rodotà*, in G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna. Seminario in onore di Stefano Rodotà*, Napoli, 2005, 16.

¹⁴ Per S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit., 99 «se il diritto non è soltanto un umile strumento di retroguardia, infatti, neppure può ritenersi che le strutture giuridiche siano in grado di sottrarre una società alle vicende della storia o al quotidiano accrescimento che solo può venirle da una fervida e rigorosa lotta politica»; v. in senso contrario, S. COTTA, *Il giurista e la società in trasformazione*, in *Iustitia*, 1966, 297 s.

¹⁵ Come ammoniva in modo tagliente il maestro di Rodotà, Rosario Nicolò, nella voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, 1964, Milano, 908.

¹⁶ S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit., 86. In senso critico G.B. FERRI, *La cultura del civilista tra formalismo ed antiformalismo*, in P. CENDON (a cura di), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, II, Milano, 1994, 383 ss., sp. 389 che giudica "resistibile" l'ascesa delle tesi sostenute anche da Rodotà. Il punto debole dell'antiformalismo riposerebbe, per Ferri, nel non essere «mai riuscito a proporre validi e credibili modelli alternativi, in grado di sostituire quei sistemi (di norme o/e di concetti) di cui si chiedeva il superamento».

e società reale, non poteva non incidere sul codice civile che – con la sua rigida disciplina regolamentare essenzialmente basata su tipizzazione di comportamenti e fissità di fattispecie – rappresentava un serio ostacolo alla necessaria espansione dei principi costituzionali. Da qui il progetto di affidare il rinnovamento ad una legislazione di nuovo forgio, una legislazione per principi espressivi di clausole generali, reputata più idonea a garantire la penetrazione nell'ordine giuridico delle esigenze della vita sociale come pure a dettare regole prospettiche della organizzazione sociale. Una legislazione in grado di conferire a giudici e giuristi un ruolo di protagonisti del sistema, gli uni – i giudici – garanti dell'equilibrio tra regolazione giuridica e ricostruzione della realtà, gli altri – i giuristi – non più tecnici neutrali, ma operatori politici di costruzioni, a un tempo, creative e riformatrici¹⁷. L'innovazione 'qualitativa' introdotta dall'infiltrazione nel diritto comune dei principi costituzionali «dev[e] investire anche l'attività dei giudici, la struttura delle leggi, la preparazione delle riforme. Il sistema di coordinamento degli interessi [...] esige una partecipazione più diretta del giudice, al quale non si chiede soltanto di applicare una legislazione di tipo regolamentare, ma di giudicare intorno ai comportamenti secondo criteri elastici, manifesti nella legislazione civile o ricavati da una espansione dei principi costituzionali. D'altra parte, è la stessa legge a dover mutare struttura e modo di formulazione, attribuendo più larga parte proprio a quei criteri elastici o clausole generali. E la riforma legislativa, in tale prospettiva, non si presenta più come impresa che possa essere portata a compimento con gli strumenti tradizionali, ma esige essa stessa la messa a punto di nuovi e diversi strumenti istituzionali»¹⁸.

Tale programma è stato attuato da Rodotà attraverso una lettura assiologicamente orientata della trama di alcuni istituti civilistici, come la proprietà¹⁹, il contratto²⁰ e la responsabilità civile²¹.

Significative sono le riflessioni che conducono alla costituzionalizzazione della proprietà, analisi che hanno il senso profondo di mutare il contenuto intrinseco della situazione soggettiva in vista della realizzazione di finalità superindividuali²². La funzione sociale, divenuta dato strutturale del "terribile diritto", segna infatti un punto di frattura rispetto alla tradizione dell'istituto dominicale, non limitandosi a costruire argini all'exasperato individualismo proprietario che permeava di sé l'ordine giuridico della modernità, ma tracciando «le variabili di un sistema di compatibilità tra economia e politica, tra gestione economico-privata delle risorse produttive e gestione politica delle stesse»²³.

¹⁷ S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit., 88 ss.; S. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, in Id. (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, 11 ss.

¹⁸ S. RODOTÀ, *Diritto pubblico e diritto privato nel diritto dell'economia*, in *Il diritto dell'economia*, 1967, 273 ss.

¹⁹ S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1316 ss.; anche S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981.

²⁰ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969. Contra, per l'orientamento tradizionale, F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, I, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 1973, 42 secondo cui «la libertà (o autonomia) contrattuale (o, in più larga accezione, negoziale) dipende concettualmente (e ne è la principale articolazione) della cosiddetta autonomia privata (che, a sua volta, è il riflesso della libertà economica)».

²¹ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

²² Come ricorda M. LUCIANI, *Corte Costituzionale e proprietà privata*, in *Giur. cost.*, 1977, I, 1394, posto che la Costituzione abbia di mira un modello di società in fieri, un dover essere, la "funzione sociale" è da intendersi come epifania di una società intera, vista nel suo pluralismo di insieme, «colta dal costituente non solo nella complessità dei rapporti e delle situazioni non omogenee che la compongono, ma anche nel suo (necessario) divenire in funzione dei fini fondamentali tracciati dagli artt. 3 e 4, e ribaditi dall'intera Carta».

²³ S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, cit., 1338.

Entro questo processo dialettico, la proprietà funzionalizzata diviene strumento di integrazione del conflitto sociale, aspirando, da una parte, a consentirne l'accesso a quei gruppi sociali che ne erano sino ad allora rimasti esclusi e, dall'altro, legittimando lo Stato ad attuare politiche di carattere redistributivo²⁴. Peraltro, accanto al mutamento strutturale registrato dall'istituto, la Carta costituzionale ha adottato una soluzione garantista nell'affidare al legislatore il compito di concretizzare siffatta funzionalizzazione mediante la disciplina legale dei modi di godimento e di disposizione della proprietà, in maniera tale da conformare i comportamenti dei consociati ad una visione solidaristica del diritto a cui corrisponda una prassi solidale dei rapporti sociali²⁵.

Un percorso analogo ha condotto ad una radicale trasformazione della responsabilità civile con il passaggio dallo schema classico, nel quale il risarcimento è sanzione di un comportamento vietato, a un modello che pone al centro dell'istituto il fatto dannoso e la funzione riparatoria. La riconosciuta centralità della clausola generale contenuta nell'art. 2043 c.c. ha consentito di far fluire i valori solidaristici riconosciuti a livello costituzionale all'interno del meccanismo risarcitorio della responsabilità civile, rendendo quest'ultima presidio dei diritti fondamentali. Se infatti il principio di solidarietà che investe, modificandola, la sfera giuridica dei membri della comunità, viene assunto a termine di riferimento nel giudizio di responsabilità, ne deriva che lo stesso requisito dell'ingiustizia porta a rileggere la clausola generale come formula aperta in grado di farsi comprensiva rispetto ad ogni fattispecie dannosa suscettibile di essere definita su tale base come fonte dell'obbligazione risarcitoria. Il dovere di solidarietà va dunque assunto come parametro di confronto nel giudizio di responsabilità, traducendosi nel «*dovere di comportarsi in modo da non ledere l'interesse altrui* fuori dai limiti della legittima tutela dell'interesse proprio, in maniera che, non soltanto l'atto di emulazione ne risulti vietato (art. 833 c.c.), ma *ogni atto* che non implica il rispetto equanime dell'interesse dei terzi, ogni *atto* di esercizio del diritto che, nell'esclusivo e incivile perseguimento dell'interesse proprio, urti contro l'interesse pubblico al coordinamento delle sfere individuali»²⁶. È dunque nel contesto della valutazione della rilevanza della lesione subita dal danneggiato che emerge la transizione da una concezione strettamente patrimonialistica ad una di stampo personalistico, valorizzando le situazioni esistenziali alle quali, in quanto portatrici di interessi di rilevanza costituzionale, l'ordinamento giuridico riconosce il ruolo di valori primari. Questa prospettiva ha mostrato tutta la sua complessità, lasciando emergere molteplici traiettorie e forme di adatta-

²⁴ Una redistribuzione pensata in favore di gruppi determinati (come nel caso della legge sull'equo canone del 1978 o quella sui contratti agrari del 1982) allo scopo di creare più equi rapporti sociali, ovvero in favore dell'intera collettività (come, fra le altre, la legge Bucalossi del 1977 sull'edificabilità dei suoli o la legge Galasso del 1985, sui vincoli paesaggistici).

²⁵ Secondo S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, Bologna, 1990, 112: «storicamente il ricorso alla funzione sociale serve ad individuare una dimensione in cui la crescita della compressione dei poteri proprietari per effetto dell'intervento dello Stato si accompagna alla consapevolezza che ciò accade per la necessità di realizzare interessi in largo senso pubblici in forme diverse da quelle tradizionalmente adoperate».

²⁶ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 99.

mento che, tra l'altro, hanno aperto la strada a quella nuova stagione che, inaugurata con la notissima giurisprudenza genovese sul danno biologico²⁷, ha totalmente rivoluzionato le regole del settore del danno alla persona attraverso la valorizzazione dei principi costituzionali²⁸.

Il contributo di Rodotà è risultato dunque fondamentale nel porre al centro dell'intero edificio privatistico i principi costituzionali, non solo in funzione di limite, bensì soprattutto quali criteri fondativi di un nuovo giudizio di meritevolezza degli enunciati normativi. Tale orientamento presuppone però il riconoscimento della *Drittwirkung* alla norma costituzionale, in quanto non soltanto regola ermeneutica ma anche e soprattutto norma di principio direttamente e immediatamente operativa nei rapporti interpretati, quale necessaria conseguenza dei principi di legalità, gerarchia e unitarietà del sistema. A ciò si accompagna inevitabilmente la proposta di una nuova metodologia interpretativa diversa da quella tradizionale, ossia un'ermeneutica «costituzionalmente orientata», rivolta a trasferire il precetto costituzionale direttamente nel contenuto della norma ordinaria. Non da ultimo la prevalenza gerarchica dei valori costituzionali delinea il cammino impetuoso della persona verso il centro dell'ordinamento, quale *Grundwert* dell'intero sistema, piegando conseguentemente le situazioni patrimoniali a funzione strumentale di quelle esistenziali.

Delineate le linee fondamentali del metodo e dei materiali concettuali che hanno connotato la riflessione teorica di Rodotà, appare indispensabile delimitare il campo di analisi di una elaborazione troppo vasta (dal ripensamento degli istituti del diritto civile, ai dilemmi di costruzione giuridica di un biodiritto laico e plurale, sino alle modernissime questioni della “costituzionalizzazione” della rete) per essere approfondita e messa a sistema in queste poche pagine. Se dunque il ritorno al diritto si manifesta in Rodotà ponendo attenzione alla materialità dell'esistenza, ecco dunque che interrogarsi sul valore ordinante della persona significa individuare un punto di osservazione e riflessione sul ruolo della soggettività in una società pluralista e multiculturale, sulle trasformazioni strutturali della vita e della morte, sulle conseguenti modificazioni delle basi e dei confini dell'esperienza giuridica. In questo contesto il concetto di “governo del corpo” può rappresentare un paradigma esplicativo, in grado di istituzionalizzare i mutamenti sociali e le innovazioni tecnico-scientifiche, attribuendo loro un senso – specie in ambito giuridico – sintetizzabile nell'infiltrazione della regola dell'autodeterminazione in ogni ambito dell'ordinamento, dalle scelte di fine vita sino alla regolamentazione e strutturazione dell'arcipelago familiare.

2. Sulle forme del governo del corpo

I diritti hanno contribuito ad attribuire una base assiologia alle strutture portanti di un ordinamento che, nell'evoluzione dei processi storici, ha conseguito piena maturità nella costituzionalizzazione volta essenzialmente al perfezionamento sociale e solidale della persona umana. Il discorso giuridico, nell'instaurare un dialogo tra la *vita* e *le regole*, è tornato prepotentemente a parlare all'individuo, alla persona in carne e ossa, e, nel contempo, a interrogarsi sulla condizione dell'uomo, colto

²⁷ Trib. Genova, 25 maggio 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, 999, con nota di M. BESSONE, V. ROPPO, *Lesione dell'integrità fisica e «diritto alla salute»*.

²⁸ G. ALPA, M. BESSONE, *La responsabilità civile*, Milano, 1976; G. ALPA, *Il danno biologico. Percorso di un'idea*, Padova, 1987.

ed esplorato nei suoi bisogni, nelle sue inquietudini e intime contraddizioni, nelle sue angosce esistenziali.

Questa evoluzione si è espressa attraverso il graduale slittamento dall'idea astratta di soggetto – unificante ed egualitaria, ma indifferente alla comprensione delle condizioni reali del vissuto – alla costituzionalizzazione della persona, capace di esprimere la materialità dei rapporti, il cui disciplinamento viene posto al centro della Carta costituzionale come delle Convenzioni sovranazionali. Tale modo di procedere e di interpretare consente di mantenere il diritto ad uno stato fluido, delineando equilibri provvisori e instabili tra le tante dimensioni della vita, gli ambivalenti poteri della tecnica e le domande crescenti che vengono rivolte all'etica e al diritto²⁹. Prende forma, in tal modo, una sfera dai confini mobili nella quale non è possibile alcuna interferenza ad opera dell'intervento normativo, se non in base al consenso degli interessati, tale da comprendere insieme al diritto allo sviluppo della propria personalità anche «il diritto alla cura della propria salute e la libertà da limitazioni e costrizioni che riguardano il corpo»³⁰. Si tratta di esiti che sono il frutto non solo delle innovazioni scientifiche e tecnologiche, ma di vicende culturali che hanno imposto una considerazione della persona – volta ad ampliare gli spazi della scelta e responsabilità individuale – ridisegnando confini e contenuti della fisicità, intrecciando l'ampliamento del potere del singolo e le possibilità di assoggettamento alla regola.

Attratto nell'orbita costituzionale disegnata dall'intreccio tra diritto alla salute e libertà personale, il controllo sul proprio corpo ha dunque perso l'originaria connotazione proprietaria³¹, legata alla prospettiva in cui soggetto ed oggetto vengono contrapposti, per assumere la diversa curvatura di scelta dalla quale dipende l'identità personale, divenuta espressione diretta del principio di dignità. Scelte che possono prospettarsi in un duplice verso: uno negativo che si concretizza nella libertà da atti e provvedimenti imposti non giustificati ed uno attivo in cui si traduce la libertà di decidere e realizzare tutto ciò che non è legalmente vietato, trasmodando nel principio di autodeterminazione nelle scelte esistenziali³².

Il corpo non appartiene all'individuo, ma costituisce forma e sostanza dell'individuo stesso; il corpo è anche il substrato generatore della persona, poiché è attraverso il corpo che diventa possibile entrare in relazione con altri soggetti ed essere *situato* nella società. L'attenzione al corpo, al suo governo consente di scoprire le esigenze primarie dell'umanità, dell'esistenza e, quindi, la sua capacità di rispecchiare l'uomo: è infatti nel corpo vivente che si esaltano le nostre prospettive di essere, di avere, di interagire ed è dal corpo vivente che si allargano, come cerchi nell'acqua, le linee di forza dei nostri bisogni.

Il diritto come sapere “incarnato” induce i giuristi, preso atto dell'insignificanza della neutralità tecnica, ad abbandonare concetti ormai sterilizzati, oggetti e strumenti di una scientificità pietrificata che nasconde malamente lo svuotamento di significato dei codici normativi. Ciò si traduce in una nuova strutturazione del linguaggio giuridico, dei suoi concetti e delle sue narrazioni, laddove sono

²⁹ E. RESTA, *Biodiritto*, in *Enc. giur.*, Roma, 2009, 43.

³⁰ In tal senso il giudice William O. Douglas in *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113,153 (1973).

³¹ J.P. BAUD, *Il caso della mano rubata*, Milano, 2003, 50 ss.

³² D. MESSINETTI, *Identità personale e processi regolativi della disposizione del corpo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2, 1995, 197 ss.; sottolinea la “funzione identitaria” del corpo, P. ZATTI, *Di là dal velo della persona fisica. Realtà del corpo e diritti «dell'uomo»*, in *Liber amicorum per F. D. Busnelli*, II, Milano, 2008, 121 ss.

queste ultime a conferire significato ai diritti³³. Siamo di fronte ad un radicale mutamento del paradigma giuridico che, in relazione ad un linguaggio insieme simbolico e pragmatico com'è quello del diritto, influisce sul gioco combinato dei simboli producendo risultati diversi in contesti diversi. Neanche «i concetti giuridici si sottraggono a questa “legge”, anzi forse vi sono maggiormente esposti, sia perché i confini tra essi sono linee di distinzione e di contatto, ma non di separazione, anzi spesso di integrazione, sia perché l'interpretazione e la concretizzazione prevede la possibilità di attribuire ai diversi vettori impulsi diversi e quindi di variare l'esito della loro combinazione»³⁴.

Se passiamo dal piano simbolico a quello strutturale possiamo notare come la costruzione del corpo rifletta volontà individuali, condizionamenti e anche violenze sociali, ovvero i diversi poteri che si esercitano sul corpo stesso: della persona, che vuole disporre liberamente, così come dei diversi soggetti, pubblici e privati, che se lo contendono, che vogliono impadronirsene e regolarlo, venendo a configurare il corpo come luogo della libertà e, al contempo, della coercizione³⁵. Queste dimensioni finiscono inevitabilmente con l'intrecciarsi nell'affermazione dell'*habeas corpus*³⁶, la cui la forza simbolica, attraverso la sottrazione del corpo all'arbitrio del potere altrui, rimanda alle radici l'esistenza³⁷. Si tratta di una garanzia che tende ad arricchirsi a partire dall'originario profilo negativo tutelante verso il comportamento altrui a favore di quelli più spiccatamente positivi, che vengono a riconoscere al titolare il concreto potere di autodeterminarsi nella scelta fra le alternative possibili³⁸. In questi termini «la decisione di riservare un'area all'interno della quale il singolo può compiere scelte esistenziali al riparo dell'intervento statale significa delegare ai complessi equilibri prodotti dal gioco dell'ambiente culturale e sociale, da una parte, e delle pressioni e delle stigmatizzazioni sociali, dall'altra, il compito di incanalare [quelle] forme di espressione individuale, che pertanto, anche se adeguatamente formulate giuridicamente, non possono dirsi più libere delle altre ed assicurare che i meno favoriti possano davvero esercitare effettivamente le loro libertà»³⁹, consentendo loro di sottrarsi alla omologazione dei comportamenti e delle personalità individuali e resistere all'imposizione di identità dall'esterno.

È al crocevia fra il diritto alla libertà personale ed il diritto alla salute che emerge il principio del consenso quale regola della vita⁴⁰, laddove anche la Corte costituzionale, sottolineando la rilevanza

³³ R. COVER, *Nomos and Narrative*, in *Harvard Law Rev.*, 1983, 4, 4.

³⁴ P. ZATTI, *Una ricerca sulle persone*, in www.personaedanno.it, 14 dicembre 2008.

³⁵ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2009, 73 ss.

³⁶ S. RODOTÀ, *Il nuovo Habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, S. RODOTÀ, M.C. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Milano, 2011, 211.

³⁷ S. RODOTÀ, *Per un nuovo statuto del corpo umano*, in A. DI MEO, C. MANCINA (a cura di), *Bioetica*, Roma-Bari, 1989, 41 s.

³⁸ La tutela dunque deve essere adattata alla possibilità per il titolare del diritto di mantenere sempre il controllo sul corpo che porta con sé i segni dell'identità e serve alla sua autodeterminazione nelle scelte esistenziali costitutive dell'identità stessa. Cfr. P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso del S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 2 ss.

³⁹ G. MARINI, *Il consenso*, in S. RODOTÀ, M.C. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, cit., 395.

⁴⁰ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., 250; Id., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 250, sp. 268, secondo cui «il progressivo cammino del diritto alla salute verso il centro del sistema istituzionale, la sua assunzione a valore fondativo della persona mostrano con nettezza l'improprietà dei confini

dell'autodeterminazione, ha posto l'accento sul profilo attivo della scelta, piuttosto che su quello negativo, attraendo la questione dalla sfera della *libertà da* (art. 32, comma 2°, Cost.) a quella della *libertà di scegliere* (art. 13 Cost.)⁴¹. Questa evoluzione interpretativa si è consolidata nei principi espressi dalla sentenza n. 438/2008⁴², che ha collocato in via definitiva il diritto al consenso informato nell'ambito dei principi costituzionali. In particolare, indicando nell'art. 13 Cost. il fondamento costituzionale del consenso informato, il giudice costituzionale ha inteso evidentemente riaffermare quella libertà di autodeterminarsi in ordine agli atti di disposizione del proprio corpo cui si riferiva nella sentenza n. 471/1990, e che acquisiscono uno spettro di azione più ampio di quello tradizionalmente connesso alla tutela del diritto alla salute. Diversamente, nel richiamare il secondo comma dell'art. 32 Cost., la Corte ha fondato la rilevanza costituzionale del consenso informato su un ragionamento *a contrario* per cui, se i trattamenti obbligatori devono essere imposti per legge, tutti gli altri non possono ritenersi obbligatori, e quindi devono corrispondere ad una manifestazione di volontà dell'interessato. In tal senso si è efficacemente sottolineato che «nella sent. n. 438 del 2008, la salute è vista esclusivamente sotto il profilo individuale di diritto fondamentale, mentre del tutto estraneo alla questione è qualsiasi riferimento alla stessa come interesse della collettività. Il diritto all'autodeterminazione, in questo contesto, viene allora richiamato non ai fini di legittimare il rifiuto di un trattamento sanitario, bensì ne viene sottolineato il profilo della scelta libera e consapevole; in altre parole, per quanto opinabile e incerta possa essere la distinzione fra libertà negative e libertà positive, è indubbio che la Corte costituzionale in questa pronuncia ponga l'accento sulla libertà di (scegliere, secondo l'art. 13 Cost.) e non sulla libertà da (i trattamenti sanitari, ex art. 32, 2° co., Cost.)»⁴³.

Nell'ambito di queste complesse linee di sviluppo si situa la risposta a dilemmi tragici che risiede innanzitutto nella valorizzazione dello spazio dei diritti, da cui al pari del consenso dipende la legittimità di scelte libere e consapevoli non solo durante le fasi del trattamento terapeutico, ma anche in relazione alla destinazione dei prodotti del proprio corpo, dando luogo ad una pluralità di espressioni del consenso che possono snodarsi in forme processuali⁴⁴.

Nella prospettiva di Rodotà l'applicazione del principio agli atti di destinazione dei prodotti del proprio corpo non ne determina l'assoggettamento ad un regime di inalienabilità assoluta, ma solo a fini di mercato, ponendo un interdetto a forme di sfruttamento economico del corpo che siano idonee ad entrare in conflitto con i valori che caratterizzano lo statuto della persona: è dunque il principio di solidarietà a far sì che ognuno possa disporre del proprio corpo in contesti caratterizzati

tradizionali, o almeno rendono palese il fatto che si tratta di confini destinati a essere continuamente oltrepassati, perdendo così ogni forza ricostruttiva».

⁴¹ Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307; Corte cost., 23 giugno 1994, n. 258; Corte cost., 18 aprile 1996, n. 118. In dottrina, R. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" ed in quello "passivo"*, in *Giust. civ.*, 1991, I, 10 ss.

⁴² Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, 5, 1, 1328.

⁴³ R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 2008, 4962; D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il "consenso informato" ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte costituzionale*, ivi, 4971 ss.

⁴⁴ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 273.

da gratuità, e rimessi alla libera determinazione degli interessati (dalla conservazione fino alla brevetteazione)⁴⁵.

Il consenso diviene, in questo modo, regola generale di governo di un'area assai vasta che va dall'uso terapeutico del corpo alla sperimentazione scientifica sino alle sue applicazioni industriali, aprendo ad uno scenario nuovo nel quale la posizione giuridica della persona diventa complessa. In questa sfera infatti interagiscono ed entrano in gioco non solo la pretesa di essere curati ed il dovere di curare, ma anche la facoltà di poter contribuire ad identificare la cura e le terapie a cui essere sottoposti, il diritto di non subire cure a cui non si sia prestato il proprio consenso o manifestato il dissenso, al pari del diritto a non essere discriminati nelle modalità di somministrazione dei trattamenti sanitari.

2.1. La legge sul fine vita come forma del governo del corpo

Sul piano giuridico, la realtà – sempre in movimento – data dallo sviluppo tecnico-scientifico respinge dunque in maniera netta un diritto statico e “monologante” e richiede un apparato normativo più elastico, nel quale il costruito predisposto dal legislatore, se non vuole risultare sterile o addirittura autoritario, deve lasciare sempre largo spazio al costruibile.

Anche la rivendicazione del diritto di morire con dignità diviene parte di questo complesso movimento di riappropriazione del corpo che si concreta attraverso una legislazione elastica, connotata da clausole generali in funzione di “valvole” regolative del sistema⁴⁶.

Entro questo quadro si inserisce anche la recente legge n. 219 del 2017 recante «*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*»⁴⁷. Si tratta di un provvedimento, atteso da oltre vent'anni, che offre una disciplina delle questioni inerenti il consenso informato, l'alleanza terapeutica e le disposizioni anticipate di trattamento, segnando una tappa fondamentale nel cammino di valorizzazione della libertà di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche.

Non è questa la sede per affrontare luci e ombre della novella legislativa, anche se questa disciplina è frutto anche della battaglia culturale e civile condotta da Stefano Rodotà⁴⁸, fautore di un diritto mite, capace di rendere possibili quelle libere scelte individuali che contribuiscono in modo insostituibile alla autonoma costruzione della biografia di ciascuno. Nel mettersi al servizio dei molteplici progetti esistenziali, il diritto deve aspirare a rendere praticabile il massimo di diversificazione, realizzando dunque un modello sociale pluralistico. Nel perseguire questo obiettivo il diritto non solo

⁴⁵ S. RODOTÀ, *Ipotesi sul corpo «giuridificato»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, 467 ss.

⁴⁶ G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e costituzione*, in *Pol. dir.*, 2012, 1, 3 ss.; M. FOGLIA, S. ROSSI, *Testamento biologico*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 2014, 638 ss.; M. DI MASI, *Il fine vita*, Roma, 2015, 15 ss.

⁴⁷ Per un commento P. STANZIONE, *Testamento biologico e autodeterminazione della persona*, in *www.comparazioneedirittocivile.it* (14.12.2017); C. CUPELLI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: dai principi alla legge?*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 123 ss.; C. CASONATO, *Fine vita: il diritto all'autodeterminazione*, in *Il Mulino*, 2017, 4, 597 ss.; C. PARDINI, *Un buon diritto alla fine della vita. Ci vorrebbe un buon legislatore?*, in *Resp. med. Dir. prat. clinica*, 2017, 3, 419 ss.; P. MALACARNE, *Le disposizioni anticipate di trattamento*, *ibidem*, 429 ss.

⁴⁸ A partire dal caso Englaro, S. RODOTÀ, *Chi decide sul morire?*, in *La Repubblica*, 25 ottobre 2007, 26.

apre spazi di libertà, ma li deve rendere concretamente praticabili solo se accompagna gli individui nella realizzazione del proprio percorso, rimuovendo gli ostacoli sociali, economici e normativi che possono intralciarli nella libera costruzione della loro personalità.

Il testamento biologico rappresenta una delle tante forme attraverso le quali si esplica il governo della vita che trovano il loro fondamento nella libertà e nell'autonomia della persona. È un itinerario che si scorge limpidamente negli artt. 13 e 32 della Costituzione, in particolare in quest'ultima disposizione viene ad essere tracciata una linea d'ombra tra diritto e vita, nella costante tensione tra la dimensione "liberante" e quella "livellatrice", se non addirittura autoritaria e inumana, della regola giuridica. In tal modo l'imposizione di trattamenti obbligatori in forza della legge, non può «in nessun caso» varcare i limiti sanciti dal «rispetto della persona umana», formula che racchiude quel nucleo duro dell'esistenza, tracciando il confine di ciò che è "indecidibile". Se infatti «nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri»⁴⁹, allora entro quella zona franca «si staglia, nitido, non solo un assetto di poteri, ma il senso della regola giuridica quando deve garantire quella che si è descritta come autonomia *presidiata*. [...] La garanzia vera si ha quando l'ordinamento giuridico è strutturato in modo tale che l'assenza della regola riduttiva dell'autonomia della persona viene accompagnata dal riconoscimento istituzionale dell'intangibilità di tale autonomia [quale] dichiarazione esplicita di salvaguardia di un'area o di un momento dell'esistenza rispetto ai quali è il diritto stesso a dichiararsi estraneo»⁵⁰. È da questo riconoscimento che si strutturano – secondo Rodotà – i cardini di una regolamentazione per principi delle ultime fasi dell'esistenza di ciascuno, compendiandosi nelle seguenti direttive: a) riconoscimento della centralità della persona il cui consenso diviene condizione insuperabile di ogni trattamento sanitario; b) riconoscimento della proporzionalità tra intervento medico, beneficio del paziente e qualità della vita⁵¹; c) riconoscimento del valore tendenzialmente vincolante delle direttive anticipate nelle quali si può esprimere l'intera visione che ciascuno ha della fase terminale della propria vita⁵².

Queste regole del vivere e del morire trovano la loro radice nel rispetto dell'autonomia della persona, intesa come rispetto per le scelte consapevoli dell'individuo, scelte in cui si riflettono «convinzioni etiche e religiose, culturali e filosofiche»⁵³, determinando i rapporti con gli altri e la propria

⁴⁹ Corte cost., 18 aprile 1996, n. 118, §. 5, in *Foro it.*, 1996, I, 2326. Su questi temi S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione, II, Le scelte esistenziali di fine-vita*, Milano, 2012, 10 ss.; C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004, 131 ss.; A. D'ALOIA, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della fine della vita*, in *Pol. dir.*, 1998, 610 ss.

⁵⁰ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., 272-273.

⁵¹ Così non vi è contrasto tra il testamento biologico, da una parte, e le cure palliative del dolore e i servizi alla persona morente, dall'altra, poiché quel documento altro non è che una direttiva riguardante il modo in cui si vuol essere trattati in situazioni estreme, laddove tutto quanto consente alla persona di allontanare la sofferenza e di trovare vicinanza negli affetti e nella cura si colloca in una dimensione diversa, che esige l'assunzione di una responsabilità pubblica che, tuttavia, non interferisce nella libertà della persona.

⁵² S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., 274 s.

⁵³ Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2007, I, c. 3025. In questo orizzonte le riflessioni anticipatrici di S. RODOTÀ, *Strategie per legiferare in bioetica*, in *Bioetica*, 1994, 1, 122 ss.

posizione all'interno della società. Questo potere di autodeterminazione coinvolge non soltanto la salute, allora, ma diventa espressivo anche della propria identità⁵⁴.

Aderendo a tali direttive, la novella legislativa, oltre a regolare le disposizioni anticipate, viene ad incidere sugli snodi fondamentali della relazione di cura, cercando di risolvere i dubbi e le incertezze applicative che hanno costellato la fase curiale della disciplina delle relative tematiche⁵⁵.

L'articolato normativo ha il merito di tracciare in modo lineare alcuni dei punti cardine della «relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico», nella quale «si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico» (art. 1, comma 2), che viene ad essere valorizzata attribuendo allo spazio riservato alla comunicazione la qualificazione di «tempo di cura» (art. 1, comma 8)⁵⁶. L'attività sanitaria si connota infatti come una «prestazione complessa che va dall'accoglimento del malato alla comprensione delle sue esigenze e dei suoi bisogni, dall'ascolto delle sue richieste alla diagnosi del male, dall'incontro medico/paziente alla nascita all'elaborazione di una strategia terapeutica condivisa, alla formazione del consenso informato all'attuazione delle cure previste e volute, nella ricerca di un percorso anzitutto esistenziale prima ancor che curativo, all'interno della struttura sanitaria, che abbia nella dimensione identitaria del malato, nella sua persona e nel perseguimento del suo benessere psico-fisico, il suo fulcro e il suo fine»⁵⁷.

Il bilanciamento tra i soggetti della relazione terapeutica si rinviene nella disposizione che impone al medico di «rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo [laddove] Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali» (art. 1, comma 6). Tuttavia, il riferimento – posto pari grado alla legge – alla deontologia professionale, come limite ad un diritto costituzionalmente sancito del paziente, potrebbe trasformarsi in una pericolosa clausola generale a rinvio mobile, de-rubricando ogni nostra decisione in una supplica al sovrano, dove il sovrano è l'Ordine dei medici. Si potrebbe ipotizzare che l'obiezione di coscienza riconosciuta in sede deontologica potrebbe permettere la fuga dai diritti sanciti dalla legge. Quindi in sostanza si potrebbe creare una sorta di “uscita di sicurezza” per i sanitari resa ancor più esplicita da un emendamento approvato nella discussione in Aula teso ad escludere che vi sia un obbligo professionale del medico a dar seguito alle richieste del paziente contrarie anche al codice deontologico. Anche per questo la formulazione

⁵⁴ S. RODOTÀ, *Autodeterminazione e responsabilità*, in *La Repubblica*, 28 febbraio 2017, 49.

⁵⁵ Dalla vicenda di Piergiorgio Welby che ha affrontato il problema della richiesta, da parte dello stesso paziente, di interrompere i trattamenti sanitari deputati al suo mantenimento in vita al lungo e controverso iter giudiziario che ha infine portato la Cassazione ad autorizzare il distacco dei presidi di sostegno vitale su richiesta del padre-tutore di Eluana Englaro. In dottrina C. TRIPODINA, *Malati terminali (diritti dei)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg.*, Torino, 2014, 397 ss.; A. D'ALOIA, *Eutanasia (dir. cost.)*, in *Dig. disc. pubb., Agg.*, Torino, 2012, 344 ss.

⁵⁶ La nuova legge quindi valorizza le forme della comunicazione dell'informazione, per ridisegnare la relazione di cura fra medico e paziente nel segno di un'effettiva redistribuzione di potere di controllo da parte di quest'ultimo sulla salute, riprendendo quanto già disciplinato dal Codice di Deontologia medica del 2014 (all'art. 20). Sugli aspetti connessi all'organizzazione sanitaria, A. PIOGGIA, *Diritti umani e organizzazione sanitaria*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, 1, 21 ss.

⁵⁷ Cons. St., sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, §. 57.5, in *Foro amm.*, 2014, 9, 2229.

della disposizione normativa si presenta anfibia e inevitabilmente ambigua, laddove, se per obblighi professionali si intendono quelli sanciti dall'ordinamento professionale e dalle norme deontologiche, non si comprende come un medico potrebbe rifiutare una richiesta del paziente che sia – in ipotesi – conforme alla legge, ma contraria alla deontologia, incorrendo in tal caso in responsabilità penali e civili⁵⁸.

Sempre in una prospettiva dialogica, la normativa delinea con chiarezza l'estensione del rifiuto di cure che riguarda tutti i trattamenti, compresi quelli di nutrizione e idratazione forzata, laddove, nel rispetto della scelta del paziente, il personale sanitario può comunque sempre prospettare alternative possibili e promuovere azioni di sostegno al malato.

Esclusa la liceità di pratiche eutanasiche, la legge valorizza il ricorso alle cure palliative, ribadendo il diritto del paziente di veder alleviate le sofferenze, specie quando derivino dall'interruzione delle terapie. Si riconosce anche la possibilità di ricorrere alla sedazione palliativa profonda con il consenso del paziente in caso di sofferenze refrattarie.

Costituiscono strumenti attuativi delle volontà del paziente sia la figura del fiduciario che si rende interprete di quanto espresso nelle direttive anticipate – avendo anche cura di seguire il malato nelle diverse fasi della terapia – sia il ricorso alla pianificazione anticipata delle cure⁵⁹. Peraltro la prescrizione di forme e adempimenti "elastici" volti alla predisposizione e conservazione della relativa documentazione viene incontro alle esigenze di tutela e praticabilità dei diritti sottesi; «se [infatti] la prassi clinica ricorre, in alcuni casi, al video per documentare una decisione importante e delicata come quella di cessare certe cure e rimodulare la terapia in senso palliativo, compito dei giuristi è di suggerire, se necessario, i modi in cui lo strumento ideato possa valere come atto giuri-

⁵⁸ C. Casonato, A proposito del ddl sul testamento biologico. Una legge più realista del re, in www.rivistailmulino.it (21 aprile 2017) secondo cui «Tale enunciato pare ambiguo e inopportuno. Si legittima, in questo senso, una sorta di obiezione di coscienza che, se è tipicamente prevista negli Stati in cui è lecito, ad alcune condizioni, un intervento diretto teso all'assistenza al suicidio, non trova corrispondenti legislativi in altri Stati in riferimento al diritto al rifiuto di trattamenti sanitari. Questo perché il medico non può esercitare un potere incondizionato nei confronti dei malati che chiedono il rispetto di una loro volontà del tutto legittima; e perché la medicina deve trovare i propri limiti, i quali devono essere compresi dai professionisti. Se inoltre prendiamo a riferimento l'obiezione di coscienza in tema di interruzione volontaria di gravidanza, i cui alti tassi fanno oggettivamente sospettare un ricorso non autentico a tale istituto da parte del personale sanitario, il rischio è che anche in questo ambito tale strumento venga utilizzato per motivi relativi più a logiche legate alla medicina difensiva o alla convenienza che a convincimenti personali profondi. Proprio da un punto di vista professionale, inoltre, ho ricordato sopra come il codice di deontologia disponga che il medico non debba intraprendere né proseguire in interventi senza acquisizione del consenso (art. 35). La relazione medico-paziente, ho commentato, si costruisce su sfere complementari di autonomia e responsabilità, in cui, anche da un punto di vista deontologico-professionale, ognuno è chiamato a fare la sua parte. Nel riservare al medico la facoltà di non seguire il malato nella sua legittima aspirazione, la disposizione di legge, quindi, pare "più realista del re" o, per usare l'equivalente e suggestiva affermazione inglese, "more Catholic than the Pope" ».

⁵⁹ Iniziare a costruire un percorso terapeutico in un momento in cui il paziente è consapevole delle conseguenze e dei possibili scenari da affrontare nel futuro prossimo toglierebbe alle direttive anticipate quell'aura di indeterminazione che, pur senza dimenticare il valore di strumenti che testimoniano l'identità del soggetto, ne rende spesso difficoltosa l'applicazione concreta. Cfr. C. PARDINI, *Un buon diritto alla fine della vita. Ci vorrebbe un buon legislatore?*, cit., 424 ss.

dicamente certo; se la pratica crea le condizioni tecnologiche perché una persona che non può comunicare se non con il battito delle ciglia possa costruire con l'adeguata assistenza di persone e di strumenti una dichiarazione di volontà sul suo futuro, compito dei giuristi è ancora quello di veicolare questo nuovo fenomeno nelle giuste – e semmai in nuove – categorie concettuali perché diventi strumento giuridico»⁶⁰.

A fornire garanzie in questo ambito non è tanto la formalizzazione, quanto le procedure di formazione e modalità di attuazione del contenuto delle disposizioni di fine vita che prevedano il coinvolgimento del fiduciario, del personale sanitario e, con il consenso del paziente, dei suoi familiari, in modo da rendere più fluido ma non meno sicuro l'approccio alla questione di come costruire la relazione con il paziente nelle diverse situazioni di incapacità. Nel caso di incertezze o dissidi, da ultimo potrà farsi ricorso al giudice, sempre tenendo conto che, anche laddove non si riscontri una esatta corrispondenza tra decisioni anticipate e circostanze del caso concreto, le disposizioni rimangono espressione dell'idea che il paziente ha di sé e della propria dignità⁶¹.

Proprio la consapevolezza di questa debolezza del paziente di fronte al potere medico ha spinto a cercar di segnare i limiti degli interventi esterni, per riconoscere alla persona il governo dell'ultima fase della propria vita, modificando le gerarchie tradizionali e, al contempo, dando voce a chi era silenzioso di fronte al terapeuta. In questo contesto si inquadra il problema dell'efficacia da attribuire agli intendimenti contenuti nelle disposizioni anticipate di trattamento che è stato risolto all'art. 4, comma 5, nella parte in cui afferma che «il medico è tenuto al rispetto delle D.A.T., le quali possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita». Si può ritenere che il legislatore – a fronte dell'esigenza di conservare l'efficacia delle direttive anticipate, adattandole ad un contesto in movimento – abbia formulato una clausola generale dai contenuti aperti, per potere garantire la corrispondenza delle disposizioni all'effettiva volontà del paziente, sia in termini di attualità del consenso che di consapevolezza delle scelte terapeutiche anticipate.

A fronte di tali considerazioni, colpiscono le omissioni che connotano il testo di legge, ove nulla si dice in ordine al caso in cui un paziente sia sprovvisto di direttive anticipate di trattamento, non abbia nominato un fiduciario e non abbia intrapreso alcun percorso di pianificazione anticipata delle cure, come nel caso in cui sia rimasto vittima di un trauma improvviso. Contrariamente, sarebbe stato auspicabile sancire un obbligo per il medico «di assicurare alla persona il pieno rispetto di quanto caratterizza la sua identità, [tenendo] a tal fine in considerazione, come fondamento delle decisioni terapeutiche, ogni dichiarazione, manifestazione o condotta di cui si abbia certa conoscenza, che indichi in modo inequivoco le convinzioni e preferenze della persona stessa con riguardo al trattamento medico nella fase finale della sua esistenza»⁶². In tal modo i frammenti della

⁶⁰ P. ZATTI, *Consistenza e fragilità dello ius quo utimur in materia di relazione di cura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 1, 24.

⁶¹ In questo senso anche S. RODOTÀ, *Civiltà del testamento biologico*, in *La Repubblica*, 24 gennaio 2007, 20-21.

⁶² Vedi la proposta del gruppo coordinato da P. Zatti, *Per un diritto gentile in medicina. Una proposta di idee in forma normativa*, in www.biodiritto.org

nebulosa dell'autodeterminazione sarebbero stati ricomposti in una rete di diritti più ampia, ove integrità della persona, tutela della salute, rispetto dell'identità del paziente e della soggettività del professionista sanitario si integrano e bilanciano in modo armonico.

È pur vero che, per rintracciare una linea guida volta a disciplinare tali ipotesi, sarebbe sufficiente far riferimento alla giurisprudenza normativa⁶³ espressa nella sentenza della Cassazione sul caso Englaro⁶⁴, ove si impone di orientare la decisione al rispetto dell'identità espressa dal malato prima del sopraggiungere dell'incapacità. Proprio la valorizzazione del principio del consenso nel rapporto terapeutico e l'articolata descrizione delle sue modalità applicative delineano una soluzione per la condizione di incapacità del paziente che valga a ripristinare «il dualismo [...] nel processo di elaborazione della decisione medica».

Per ristabilire – attraverso le figure del tutore o dell'amministrazione di sostegno – una simmetria nella relazione terapeutica, si deve avere riguardo sia alla volontà eventualmente comunicata in qualunque forma, sia alla personalità, allo stile di vita e alle convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche del soggetto, in modo da cogliere con la massima verosimiglianza l'attitudine che la persona avrebbe mostrato di fronte alle cure⁶⁵. Il risalto attribuito alla volontà eventualmente manifestata prima di cadere in stato vegetativo oppure, in assenza di dichiarazioni espresse in qualunque forma, allo stile di vita e ai convincimenti personali, vale dunque a legare la funzione di cura assoluta dal tutore o dall'amministratore di sostegno con il rispetto dell'identità della persona che gli è affidata⁶⁶.

Appare infine deludente l'utilizzo di categorie giuridiche – come quelle della maggiore età, accompagnata dalla capacità di intendere e volere – ormai inadeguate: sebbene alla persona minore d'età sia stata garantita la paternalistica rassicurazione della valorizzazione, previa accurata informazione, della sua capacità di comprensione e decisione, tuttavia il consenso o il rifiuto del trattamento sanitario permangono nel dominio degli esercenti la responsabilità genitoriale o del tutore. È «come se decenni di analisi e di proposte della dottrina, di decisioni giurisprudenziali e, per fortuna, di interventi legislativi in altri campi fossero trascorsi invano. Non si ha notizia della capacità di discernimento, intesa come maturità di giudizio raggiunta dal minore a prescindere dall'età maggiore e valutata nella singola, concreta ipotesi [da considerare] soprattutto in una materia tutta proiettata sul profilo esistenziale e dunque attinente ai diritti fondamentali della persona»⁶⁷.

⁶³ Riconducibile alla funzione interpretativa e creativa del giudice che colloca la formazione della c.d. giurisprudenza-normativa tra le fonti del diritto. Cfr. G. ORRU, *Giurisprudenza degli interessi*, in *Dig. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 171 ss.

⁶⁴ Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., con osservazioni di G. CASABURI; in *Fam. e d.*, 2008, 129, con nota di R. CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e diritto all'identità personale*; in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 271, con nota di D.M. PULITANÒ, E. CECCARELLI, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*.

⁶⁵ R. CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e diritto all'identità personale*, cit., 140 s.; E. PALMERINI, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 3, 371 ss.

⁶⁶ P. ZATTI, *Dimensioni ed aspetti dell'identità nel diritto privato attuale*, in *Atti del Seminario di studi su L'identità nell'orizzonte del diritto privato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 4, 5 ss.

⁶⁷ P. STANZIONE, *Testamento biologico e autodeterminazione della persona*, cit., 6.

Nonostante qualche ombra, quella di recente approvata è una buona legge che, pur preservando il consueto modo di strutturare le norme giuridiche per fattispecie ed effetti, non trascura l'importanza della riaffermazione di principi, valori e finalità che consentano di attuare i diritti protetti in modo coerente con le singolarità delle vicende umane⁶⁸.

3. Dalla famiglia alle *familiae*

Non vi è dubbio che le ricadute più immediate della costituzionalizzazione della persona trovino espressione nell'evoluzione della famiglia, entro la quale si è da sempre manifestata la difficoltà di bilanciare la sfera del singolo con quella dell'istituzione nella quale si svolge parte essenziale dell'esistenza di ognuno, proprio per la forte ambivalenza che caratterizza questo rapporto. Tuttavia, è ben vero che nel diritto di famiglia, con più accentuata vivacità, la realtà rispecchiata nel diritto ne ha modellato le fibre, ottenendo, a volte con forzature, un adeguamento dello strumento alle evidenze e alle esigenze dell'esperienza e quindi al diritto vivente. Ciò è anche il portato dell'inevitabile impotenza del diritto nel costringere ai principi e ai modelli giuridici l'evoluzione delle relazioni familiari intessute della profondità dei legami che nascono dalla sessualità e dalla generazione e nella incessante riformulazione dei segni in cui essi trovano rappresentazione; sicché per darne conto adeguatamente – come ricordava Rodotà – è necessario ascoltare saperi diversi e complessi, dall'antropologia alla psicologia alla sociologia⁶⁹.

Contrariamente, lungo il "secolo breve" sino almeno agli anni settanta, la struttura gerarchica della famiglia – che vedeva il marito-padre nella funzione di vertice della piramide familiare, consentendogli di assumere a propria discrezione tutte le decisioni che gli apparissero conformi al bene comune – è rimasta, almeno nella lettera del codice e nella visione dei suoi interpreti, salda a tutela del dogma dell'indissolubilità del matrimonio. Questa disciplina conviveva faticosamente con le prescrizioni dettate dalla Costituzione del 1948, nella quale si enuncia il principio di parità dei coniugi, temperato da quello dell'unità familiare, entro cui si possono scorgere le tracce di un disegno personalistico che colloca i valori dell'individuo e della comunità in una sorta di complementarità⁷⁰. Questa tensione tra la staticità tradizionale del dato codicistico e la progressività della prescrizione costituzionale non poteva che sfociare, anche in virtù dell'ampia revisione delle disparità tra uomo e donna ad opera della Corte costituzionale⁷¹, nell'affermazione del principio antidiscriminatorio e

⁶⁸ In questo senso le considerazioni di S. RODOTÀ, *Testamento biologico: due parole (di e) su Stefano Rodotà*, in *Left*, 2017, 29, 35 ss.

⁶⁹ P. ZATTI, *Familia, Familiae – Declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, 1, 11 s.

⁷⁰ P. RESCIGNO, *La comunità familiare come formazione sociale*, in *Matrimonio e famiglia*, Torino, 2000, 348 ss.

⁷¹ Si prende avvio dalla sentenza Corte cost., 28 novembre 1961, n. 64, in *Giur. cost.*, 1961, 1224 sull'incostituzionalità del reato di adulterio femminile passando per Corte cost., 16 aprile 1973, n. 87, in *Giur. it.*, 1975, 20, 515 dichiarativa dell'incostituzionalità della disposizione della legge n. 555 del 1912 che comportava la decadenza dalla cittadinanza per la donna che sposava un cittadino straniero sino alla recente Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 515 in merito alla trasmissione del cognome materno. Cfr. B. PEZZINI (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole, Corso di analisi di genere e diritto antidiscriminatorio*, I, *Studi*, Bergamo, 2012.

della pari dignità sociale anche nell'assetto della struttura familiare, contestandone in radice la conformazione "patriarcale" e gerarchica e, al contempo, facendo riemergere l'intera dotazione dei diritti attribuibili alla donna⁷². La famiglia ha dunque cessato di essere un territorio "separato" dal diritto, nel quale i coniugi entravano spogliandosi delle prerogative che proteggono la personalità individuale, divenendo altresì permeabile ai principi e alle regole che connotano lo statuto della persona⁷³. L'emersione dal silenzio delle questioni riguardanti l'universo familiare costituisce il portato dell'affermazione, anche in Italia, delle culture del movimento femminista, espressione di pluralismo sociale e della capacità di auto-organizzazione delle donne, in grado di incrinare progressivamente il modello tradizionale di famiglia.

È con la legge sul divorzio⁷⁴ che si compie definitivamente il passaggio da un modello di famiglia intesa come istituzione funzionalizzata in vista degli interessi superiori dello Stato, a quello di formazione sociale orientata al fiorire delle personalità individuali nella prospettiva segnata dall'art. 2 Cost. L'impatto della riforma era evidente, laddove si metteva in luce che il senso della tutela costituzionale della "società naturale" non poteva non prevedere, nel nuovo assetto, un "passo indietro" dello Stato rispetto alla pesante appropriazione del territorio familiare che aveva caratterizzato, nel segno di un'epoca, il codice del 1942. La famiglia, in questi termini evolutivi, si rappresentava nel suo «essere un nucleo di persone che coabitano, che si danno reciproca assistenza, che contribuiscono insieme ai bisogni di ciascuno; la famiglia si colloca all'esterno della sfera del mercato e della sfera pubblica, è un luogo di relazioni interpersonali di assoluta gratuità, che non ricorre ai parametri né dell'efficienza né dell'imparzialità, ma si misura sulla vocazione solidale e associazionistica nella sua manifestazione più pura ed essenziale»⁷⁵.

Tale sviluppo ha trovato compimento nella riforma del diritto di famiglia che nasce sollecitata ed accompagnata dalla spinta di un'opinione pubblica ormai consapevole del forte scollamento tra l'effettiva dinamica sociale e la normativa vigente. Intenso fu anche il dibattito in sede dottrinale⁷⁶ — a cui partecipò attivamente lo stesso Rodotà insieme agli altri studiosi della "scuola genovese" — che culminò, intrecciandosi con la tormentata vicenda dell'introduzione del divorzio, in un intervento di revisione delle disposizioni del codice civile in materia di famiglia, attraverso la tecnica della novellazione, attuato con la legge 19 maggio 1975, n. 151. Nel sistema delineato dal legislatore

⁷² P. BARCELLONA, *Famiglia (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1967, 782 ss.

⁷³ Come nota P. ZATTI, *Famiglia, Familiae – Declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, cit., 16 ss. tale influenza cambia il contenuto stesso dei diritti e dei doveri reciproci dei coniugi, e per ovvio riflesso, il contenuto dei poteri dei genitori e dei diritti e doveri dei figli.

⁷⁴ Legge 1° dicembre 1970, n. 898. Su cui A.M. GALOPPINI, *Il problema del divorzio nella storia della legislazione italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, II, 532 ss.; Id., *Profilo storico del divorzio in Italia*, in *Dir. fam. pers.*, 1980, II, 594, specie 662 ss.

⁷⁵ B. PEZZINI, *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la Costituzione italiana*, in Id. (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Napoli, 2008, 103.

⁷⁶ La riforma fu vissuta come parte integrante del più complessivo progetto di emancipazione femminile come si desume leggendo S. RODOTÀ, *La riforma del diritto di famiglia alla prova*, in *Pol. dir.*, 1975, 661 ss.; M. BESSONE, *Eguaglianza giuridica e morale dei coniugi e condizione giuridica della donna*, in *Pol. dir.*, 1976, 216 ss.; per una posizione tradizionalista A. TRABUCCHI, *Il governo della famiglia*, in *Aa.Vv.*, *La riforma del diritto di famiglia*, Padova, 1972, 42 ss.

del 1975, il modello di famiglia-istituzione, al quale il codice civile del 1942 era rimasto ancorato, veniva ad essere superato da quello di famiglia-comunità, i cui interessi non si pongono su un piano sovraordinato, ma si identificano con quelli solidali dei suoi componenti, tra i quali si stabiliscono relazioni di affetto e di solidarietà riferibili a ciascuno di essi⁷⁷. Nel delineato percorso espansivo dei contorni dell'eguaglianza fra i coniugi emerge in particolare il passaggio da un unico centro decisionale, espresso dalla potestà maritale, ad una modalità di co-decisione tra i coniugi sull'indirizzo della vita comune che crea uno schema di dualismo paritario fra i membri della coppia (e in certa misura anche delle relazioni con i figli) che si propone come architrave di un corretto funzionamento dell'organizzazione della famiglia, nel rispetto dell'identità di ciascuno dei suoi componenti⁷⁸. La raggiunta parità e gli accresciuti spazi di autonomia hanno quindi consentito ai coniugi di modellare le relazioni di coppia a seconda del proprio stile di vita, attività lavorativa, capacità economica, ripartizione dei compiti domestici, insomma, delle circostanze concrete e della propria personale concezione della famiglia⁷⁹.

Il passaggio da una "concezione istituzionale" ad una "concezione costituzionale" della famiglia segna l'emersione, anche ai fini giuridici, del fondamentale rapporto di necessaria alterità e intrinseca relazionalità che vi è sotteso, che prescinde in quanto tale da ogni datità naturalistica, biologica o anche soltanto formale, esprimendo invece una condizione affettiva e solidaristica di vita dei suoi membri.

Intorno a queste suggestioni si sviluppano le dense pagine scritte da Rodotà in uno dei suoi ultimi lavori⁸⁰, laddove, nel rivendicare la rilevanza del diritto d'amare, ammoniva come la sua negazione e «la sua sottoposizione a vincoli obbliganti ci mostrano una persona alla quale vengono negate, insieme, libertà e dignità. Il diritto d'amore si iscrive così in un orizzonte giuridico che non entra in contraddizione con esso, e trova il suo fondamento nel rispetto dovuto alla persona. La negazione di quel diritto diviene così pure negazione di un ordine giuridico finalmente liberato dall'obbligo di impadronirsi della vita delle persone»⁸¹.

Ritorna anche in queste riflessioni il ruolo della materialità delle condizioni storiche e sociali – che non è più possibile tenere fuori dell'orizzonte del diritto – la quale influenza la concezione dei concetti giuridici, al pari della costruzione dei diritti fondamentali, non più espressione di retorica astratta, ma frutto del suo *operare nel mondo*. Per ovviare alla tendenza del diritto a farsi onnivoro, «non basta invocare e ottenere la ritirata del diritto per restituire all'amore i suoi diritti, che possono invece divenire oggetto di regole persino più obbliganti. Sfuggire a questa contraddizione è

⁷⁷ La riforma ha provveduto, in un'ottica espansiva, a disciplinare determinati rapporti propri delle convivenze more uxorio. Cfr. N. LIPARI, *La categoria giuridica della «famiglia di fatto» e il problema dei rapporti personali al suo interno*, in *La famiglia di fatto, Atti del Convegno di Pontremoli*, Montereleggio, 1977, 53 ss.; M. BESSONE, G. FERRANDO, *Regime della filiazione, parentela naturale e famiglia di fatto*, in *Dir. fam. pers.*, 1979, 1321 ss.

⁷⁸ A. D'ALOIA, P. TORRETTA, *Questioni costituzionali in tema di famiglia (art. 29 Cost.)*, in G. BONILINI, M. CONFORTINI (a cura di), *Codice ipertestuale della Famiglia*, Torino, 2009, 21.

⁷⁹ P. PERLINGIERI, *Sulla famiglia come formazione sociale*, in Id. (a cura di), *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, 38 ss.; V. SCALISI, *La famiglia e le famiglie*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Padova, 1986, 270 ss.

⁸⁰ S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Roma-Bari, 2015.

⁸¹ S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, cit., 23.

possibile solo se la funzione del diritto è quella di garantire l'amore nella sua pienezza, custodendo confini che altri poteri e altre regole non possono attraversare»⁸².

Ed è lì appunto che il diritto costituzionale scava e costruisce, *nel dire e nel procedere*, facendo uso della semantica influente delle sue parole⁸³ che hanno un potere che vincola e che, nei nostri sistemi sociali, incide e influenza i destini individuali e collettivi. Ne è testimonianza concreta l'evoluzione e scomposizione del modello familiare che, nonostante la pluralità e varietà delle forme organizzative che assume, si identifica ormai in quella formazione sociale realizzativa delle istanze fondamentali della persona considerata nella totalità e molteplicità delle sue espressioni e manifestazioni esistenziali ed affettive⁸⁴.

4. La dignità come luogo di intersezione dei diritti

La riflessione di Rodotà si è incentrata – nel tentativo di concettualizzare la realtà senza cancellarla – sulla ricerca di dispositivi atti a «reinventare» la persona al fine di dare progressivamente rilievo al destino di socializzazione della persona e al destino di natura che è espressione della sua integrità⁸⁵. Si tratta della scommessa dei diritti, la scommessa di un giurista che, come Rodotà, vuole farsi interprete della loro narrazione, componendo, anche attraverso il concetto della dignità, le contraddizioni del reale.

Nasce così un diritto *faticoso*, che non allontana da sé la vita, ma cerca di penetrarvi; che non fissa una regola immutabile, ma disegna una procedura capace di cogliere la complessità dell'esistenza, colorando il processo di giuridicizzazione della persona attraverso le tinte sgargianti della dignità e umanità, dichiarate inviolabili o assistite da un vincolo che ne impone l'assoluto rispetto in un quadro di garanzie forti. In tal senso i temi che si sono affrontati in questo saggio rappresentano la concretizzazione di quella "rivoluzione della dignità" che ha dato luogo a una nuova antropologia, mettendo al centro l'autodeterminazione delle persone, la costruzione libera delle identità individuali e collettive, nuovi modi di intendere i legami sociali e la responsabilità individuale e collettiva. La dignità si pone, in questo quadro, come concetto "compendio"⁸⁶, non quindi espressione dell'essenza immutabile o della natura dell'uomo astrattamente inteso, ma come un orizzonte che assume dentro di sé l'idea di una pluralità di punti di vista particolaristici che trovano sintesi attorno ad un

⁸² S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, cit., 18.

⁸³ R. SACCO, *Azione, pensiero, parola nella creazione del diritto*, in J. VISCONTI (a cura di), *Lingua e diritto. Livelli di analisi*, Milano, 2010, 11 ss.

⁸⁴ Si veda con riferimento al matrimonio same-sex S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, cit., 49 ss.; G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale fondato da Cicu e Messineo e diretto da Schelesinger*, Milano, 2015, 213 ss., spec. 295 ss.; T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 371 ss.; C.M. BIANCA (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze*, Torino, 2017; si consenta anche S. ROSSI, *La «legge Cirinnà» tra love rights e politica del diritto*, in *Studium iuris*, 2016, 983 ss.

⁸⁵ In tal senso S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 165; P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2014, 341 ss.

⁸⁶ In termini analoghi C. MCCRUDDEN, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in *The European Journal of International Law*, 2008, 19, 4, 677; D.N. WEISSTUB, *Honor, Dignity and the Framing of Multiculturalist Values*, in D. KRETZMER, E. KLEIN (ed.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, London-New York, 2001, 263, che definisce la dignità un punto di convergenza umanistico.

insieme aperto e pluralistico di percezioni etiche essenziali, che partono dagli specifici contesti culturali, ma tendono a trascenderli, nella prassi della interazione comunicativa⁸⁷. Ragionando della dignità il giurista avverte che si sta misurando con un concetto non riconducibile ad un definito (anzi definibile) contenuto normativo ma che si tratta di un processo che si compie, per tentativi, attraverso confronti, che emerge “dal basso”, nell’orizzonte della comune condizione esistenziale, rendendo concreta la dignità attraverso le modalità in cui si esplica l’eguale libertà della persona⁸⁸. Descrivendo il tragitto che ha portato all’emersione dell’eguaglianza come principio costituzionale, Rodotà ha sottolineato il passaggio semantico e antropologico dall’*homo hierarchicus* a quello *aequalis*, percorso che ha trovato approdo nella figura dell’*homo dignus*, a cui si accompagna la rilevanza assunta dalla dignità che induce a proporre una lettura che la vede come sintesi di libertà e eguaglianza, rafforzate nel loro essere fondamento della democrazia.

Seguendo questa traccia, specie nelle Costituzioni del secondo dopoguerra, la dignità ha assunto la funzione di fondamento concreto di nuova accezione della cittadinanza intesa come patrimonio di diritti che attengono alla persona⁸⁹; dignità che «non è più correlata soltanto alle condizioni formali e potenziali ma anche alle specifiche condizioni materiali in cui ciascuno può venirsi a trovare. Da qui, da una simile concezione dell’essere umano e del principio di dignità, il riconoscimento [...] – accanto ai tradizionali diritti c.d. di libertà e di partecipazione politica – di una pluralità di diritti [...] “sociali”, che (considerati nel loro insieme) mirano a garantire condizioni di uguaglianza sostanziale, a orientare la produzione verso la realizzazione di determinati beni e servizi e, nel contempo, riflettono e tutelano i molteplici ambiti di vita sociale nei quali e attraverso i quali si compie il libero sviluppo della persona umana»⁹⁰.

Sostenere la debolezza, ridurre (e liberarsi dal) la sofferenza – laddove erode le basi della dignità e dell’eguale rispetto – e agire, perseguendo i propri progetti, nello spazio comunitario, richiede che

⁸⁷ T. TODOROV, *Noi e gli altri. La riflessione francese sulla diversità umana*, Torino, 1991, 17 s.

⁸⁸ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 187; N. LIPARI, *Personalità e dignità nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 3, 850 s. secondo cui «vi è, al fondo della clausola di dignità, la diffusa esigenza di ricondurla a massimo principio generale del sistema, a indice identificativo non di un bene giuridico, ma del terreno in cui si radica un complesso di beni giuridici, a cifra con la quale si misura il proprio grado di libertà e di eguaglianza, a presupposto morale – in un certo senso autoriflessivo – per l’esercizio dei diritti definiti fondamentali, in una parola a fondamento della giuridicità medesima, peraltro nel segno di perifrasi che ne designano inevitabilmente la plurivocità».

⁸⁹ S. RODOTÀ, *Antropologia dell’*homo dignus**, in www.civiltica.com, 2013, 2, 1, 5 ricordava come «sul terreno dei principi questo è il vero lascito del costituzionalismo del dopoguerra. Se la “rivoluzione dell’eguaglianza” era stato il connotato della modernità, la “rivoluzione della dignità” segna un tempo nuovo, è figlia del Novecento tragico, apre l’era del rapporto tra persona, scienza, tecnologia. E la rilevanza costituzionale della dignità [...] induce a proporre una lettura che la vede come sintesi di libertà ed eguaglianza, rafforzate nel loro essere fondamento della democrazia». In generale sul tema della dignità si vedano G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, Roma, 2015; P.F. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in *Dir. soc.*, 2008, 31 ss.; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.; M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli, 2011, 3123 ss.; G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Riv. Aic*, 2008, 2-3; U. VINCENTI, *Diritti umani e dignità*, Roma-Bari, 2009, 25 ss.

⁹⁰ A. GIORGIS, *Diritti sociali*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, 1904 s.

siano soddisfatte alcune esigenze basilari, che si pongono come condizioni per mantenere la persona al livello essenziale di possibilità e capacità di condurre un'esistenza non umiliante e non degradante, di compiere azioni, di realizzare i fini prescelti, di svolgere le proprie scelte di vita, sviluppando la propria individualità, in condizioni di parità con gli altri⁹¹.

Da qui la necessità di riprendere il filo spezzato dell'eguaglianza, sottraendola ad una indifferenza per la realtà dell'essere, disegnando nuove gerarchie determinate dal principio direttivo della pari dignità sociale⁹². Con essa la Costituzione dimostra di non ignorare che nella società esistono disparità, anche profonde, tra i cittadini, imponendo al legislatore di adoperarsi per rimuovere simili differenze e per far sì che davvero a tutti i cittadini sia riconosciuta eguale dignità sociale. Di conseguenza, «muovendosi dalla premessa che la dignità sociale dei cittadini, che in principio dovrebbe essere pari, in realtà è legata a condizioni e a presupposti materiali, [...] si impone allo Stato di operare contro situazioni economiche, culturali e morali degradanti, e che giustificherebbero che alcuni cittadini siano considerati indegni del trattamento sociale riservato alla generalità degli altri cittadini. In corrispondenza, il testo costituzionale, se vieta o consente di vietare ogni trattamento sociale in contrasto col principio della pari dignità dei cittadini, quando non ne esistano le premesse materiali, non impone però, finché tali situazioni materiali esistano, che sia da considerare raggiunta la pari dignità sociale dei cittadini. All'opposto essa invita lo Stato ad operare contro la miseria e contro la ignoranza e contro il delitto e contro gli altri mali che degradano la dignità sociale dei cittadini»⁹³.

La dignità disegna quindi il perimetro dell'agire pratico delle istituzioni e dei singoli, avendo la finalità di tutelare l'individualità limitata e indigente della persona e di consentire la creazione e la garanzia di sfere autonome di decisione e di azione nel contesto delle quali i singoli agiscono nel rispetto reciproco. Nel proteggere lo svolgimento dell'esistenza umana, nella varietà dei contesti e delle situazioni, il riferimento alla dignità rinvia dunque ad un'impresa in permanente costruzione e ricostruzione, il cui contenuto va determinandosi, considerando le circostanze e le differenze che caratterizzano la vita degli esseri umani⁹⁴.

Come sottolinea Rodotà, proprio l'inscindibile associazione tra libertà e dignità esclude una visione autoritaria, impositiva, di quest'ultima, una sua funzione sostanzialmente disciplinare, nella misura

⁹¹ B. PASTORE, *La concretezza dei diritti umani*, in *Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy*, 2014, 2, 1, 63-64.

⁹² S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 188, 192 ss.; G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Aa.Vv., Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, 1974, 1104; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 199; A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002, 274 ss.

⁹³ C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *Id., La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 62.

⁹⁴ B. PASTORE, *La concretezza dei diritti umani*, cit., 64 secondo cui «l'essere umano, in sostanza, è considerato nella specificità delle sue maniere d'essere (fanciullo, adulto, anziano, malato, disabile, lavoratore, consumatore...) con riguardo alle esigenze legate alla vita materiale, che sottendono una antropologia che guarda al "concreto" della persona nella sua dignità. La dimensione quotidiana, in tal modo, diventa oggetto di attenzione da parte del diritto, sicché l'umanità concreta della persona e la protezione giuridica delle sue spettanze si compenetrano nell'attenzione alle situazioni esistenziali. Ciò sollecita l'adozione di una prospettiva "dal basso", che pone al centro i singoli individui "in carne e ossa", i problemi della loro vita, i contesti entro cui si collocano».

in cui la costruzione dell'*homo dignus* non può essere effettuata in termini eteronomi, dovendo rinvenire il suo fondamento *in interiore homine*⁹⁵. Quando, diversamente, la dignità viene interpretata da giudici e legislatori in chiave idealistica alla stregua di un principio oggettivo da preservare ad oltranza⁹⁶, il concetto si snatura assumendo i tratti di un "diritto insaziabile"⁹⁷: un bene «onnivoro» che, proponendosi sotto le vesti di un «assoluto non bilanciabile», assume una connaturata vocazione "egemonica" divorando per intero e senza eccezioni lo spazio conteso con altri eventuali diritti o principi concorrenti⁹⁸.

Peraltro, quest'ultima visione paradossalmente sminuisce, anziché amplificare, il valore della dignità nel contesto dell'ordinamento giuridico, laddove, quando se ne deve determinare una qualche forma positiva, il principio tende a svanire e collassare nell'immagine di una soglia ultima dinanzi alla quale innalzare un limite estremo di difesa. Nell'orizzonte post-metafisico che fa da sfondo alle moderne democrazie costituzionali, la dignità umana, se vuole essere fonte di garanzia dinamica e dotata di effettività, deve al contrario connotarsi come un meta-valore, un bene complesso che vive dialetticamente lo stretto nesso di interdipendenza concettuale con lo sciame degli altri diritti o principi in attesa di bilanciamento reciproco⁹⁹.

Se dunque «l'inserimento della dignità in circuiti interpretativi che la collegano agli altri principi di organizzazione del patto sociale (libertà, uguaglianza, pluralismo sociale) testimonia infatti la presa d'atto che quel nucleo incompressibile non si potesse difendere elevando l'essere umano in sé a oggetto di tutela dei diritti, il suo valore, in ultima istanza, non può che ricavarsi dalla sua capacità di stimolare visioni trasformative di quel patto di convivenza»¹⁰⁰. Il senso di questa azione va dunque primariamente costruita valorizzando il legame che l'autodeterminazione instaura con i fondamenti dell'ordine politico e sociale, riflettendone sì le contingenti ambivalenze ma favorendo anche

⁹⁵ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 294. Nello stesso senso G. RESTA, *La dignità*, in S. RODOTÀ, M.C. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, cit., 285 ss., diversamente A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Rivista Aic*, 1, 2011 (15 dicembre 2010) che valorizza il contenuto deontico della dignità e la sua funzione di super-principio costituzionale.

⁹⁶ Come ricorda lucidamente C. PINELLI, *Gli appelli alla natura e le prospettive del diritto costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 714 «un principio costituzionale, anche indisponibile, non è tale perché capace di sterilizzare ogni mutamento che possa aver toccato il bene cui è riferito, ma perché è in grado di mantenere le sue capacità di orientamento nelle nuove condizioni in cui il bene si trova».

⁹⁷ A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. VITALE, Roma-Bari, 2001, 179 ss.

⁹⁸ A. TESAURO, *Spunti problematici in tema di dignità umana come bene penalmente rilevante*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2011, 11, 906 ss.

⁹⁹ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 199 secondo cui «l'*homo dignus* non si affida a un principio che sovrasta libertà, eguaglianza, fraternità e così, in qualche modo, le ridimensiona. Dall'intrecciarsi continuo di questi principi tutti fondativi, dal loro reciproco illuminarsi, questo homo riceve maggiore pienezza di vita e, quindi, più intensa dignità umana». Sul bilanciamento R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 60 ss.

¹⁰⁰ G. REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 1, 56 ss.

le spinte al cambiamento, che si possono compendiare nell'attribuzione alla dignità della funzione di vettore delle garanzie normative volte al riconoscimento del diritto di essere sé stessi¹⁰¹.

Dietro ai discorsi che hanno alimentato il percorso di costituzionalizzazione della persona, qui delineato in alcune sue forme, c'è la ricca e suggestiva trama di valori che compone il testo della nostra Carta fondamentale: c'è la libertà e l'eguaglianza, c'è la libera costruzione della personalità, e dunque dell'identità, c'è infine l'autodeterminazione. È proprio a partire da questo crocevia, al cui centro si colloca la dignità, che possiamo guardare più a fondo nel sistema giuridico e nell'organizzazione della società, dando attenzione alla vita prima che alle regole, alla storia prima che alla norma, per proseguire nel percorso – ancora incompiuto – indicato da Stefano Rodotà e volto alla costituzionalizzazione della persona¹⁰².

¹⁰¹ Ancora S. RODOTÀ, *Solo la battaglia per la dignità può salvare la democrazia*, in *La Repubblica*, 23 settembre 2016 che richiamava una frase scritta da Primo Levi: «per vivere occorre un'identità, ossia una dignità. Senza dignità l'identità è povera, diventa ambigua, può essere manipolata».

¹⁰² A ciò mira, secondo Rodotà, l'intera lunga storia giuridica culminata nella persona, affinché, partendo da essa, «nella prospettiva nella destrutturazione/ricostruzione del rapporto tra sfera pubblica e sfera privata», il giurista, con tutti coloro che si impegnano per la democrazia del futuro, possa lavorare in vista di un costituzionalismo globale inteso come «costruzione del diritto per espansione, orizzontale, un insieme di ordini giuridici correlati, non punto d'arrivo, ma strutturati in modo da sostenere la sfida di un tempo sempre mutevole, quasi una costituzione infinita». Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 426.