

## Il diritto di avere “nuovi” diritti nell’età della tecnica. La filosofia del diritto di Stefano Rodotà

Silvia Zullo\*

THE RIGHT TO ENJOY “NEW RIGHTS” IN THE AGE OF TECHNOLOGY. THE LEGAL PHILOSOPHY OF STEFANO RODOTÀ

ABSTRACT: In this article I extract from the work of Stefano Rodotà what may be described as his philosophy of law and of technology. I will be analysing his writings from the last couple of decades, when the national and international debate on bioethics and biolaw was especially vibrant. In these writings Rodotà takes on the question of the challenges that established and settled law has been confronting in the face of technological innovation, while outlining a policy framework for the new rights that were emerging in the process. In carrying out this analysis I highlight the way the developing technology has been changing our personal lives and models of social organization, while also addressing the institutional response to these changes.

KEYWORDS: Constitutionalization of the person; New rights; Right of self-determination; Body; Property

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Lo spazio di riconoscimento dei nuovi diritti – 3. Soggetto, corpo e persona – 4. Il diritto all’autodeterminazione – 5. Il consenso biografico nel governo di sé – 6. Corpo, autodeterminazione e proprietà – 7. Considerazioni conclusive.

### 1. Introduzione

In uno dei suoi scritti più noti, *L’Età dei diritti*, Norberto Bobbio anticipa alcuni temi centrali del dibattito contemporaneo sui diritti e sul loro “fondamento”, tra i quali il problema della trasformazione storica dei diritti e la questione della correlazione diritti/doveri, per arrivare a definire la parabola di affermazione dei diritti come l’esito di una sorta di rivoluzione storica che, con l’età moderna, ha portato a considerare la priorità dei diritti dell’individuo rispetto alla comunità, alla società e allo Stato<sup>1</sup>. A seguito della positivizzazione dei diritti, dopo la rivoluzione americana e quella francese, fino all’inizio dell’età dei diritti in senso stretto che si ha nel 1948 con la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, si compie quel processo di riconoscimento universale dei diritti umani che segna il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale. In relazione a questo mutamento di paradigma, Bobbio individua tre momenti necessari: riconoscimento e

\* Ricercatrice in Filosofia del diritto e Bioetica, Dipartimento di Scienze Giuridiche – CIRSFID (Università di Bologna). Email: [silvia.zullo@unibo.it](mailto:silvia.zullo@unibo.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

<sup>1</sup> Cfr. N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino, 1997, pp. 45-65.

protezione, democrazia e pace: «[...] senza diritti dell'uomo riconosciuti ed effettivamente protetti non c'è democrazia; senza democrazia non ci sono le condizioni minime per la soluzione pacifica dei conflitti che sorgono tra individui, tra gruppi e tra quelle grandi collettività tradizionalmente indocili e tendenzialmente autocratiche che sono gli Stati, anche se sono democratiche coi propri cittadini. Non sarà inutile ricordare che la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo comincia affermando che il "riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti umani e inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo"»<sup>2</sup>. La riflessione di Bobbio, con al centro la fiducia dell'umanità nella possibilità di un progresso morale universale dopo la fine dei totalitarismi, non è comunque esente da moniti e dal rischio di illudersi troppo facilmente sulle potenzialità del linguaggio dei diritti, in quanto il problema di proteggere i diritti rappresenta ciò che può minare la base della stessa fiducia nell'età dei diritti. Inoltre, la "rivoluzione copernicana" descritta da Bobbio nel passaggio dal "codice dei doveri al codice dei diritti" è contraddistinta da una certa ambivalenza nel momento in cui lo stesso Bobbio sembra aderire alla tesi della riduzione dei diritti ai doveri, come se i primi fossero solo illusioni la cui sostanza è resa dall'imposizione ad altri di doveri<sup>3</sup>. Del resto, la letteratura filosofico-giuridica e filosofico-politica sui diritti umani che si sviluppa a partire dalla fine del Novecento è contraddistinta non solo dal problema del fondamento filosofico dei diritti umani, ma anche dalla questione politica della loro tutela. L'indeterminatezza del linguaggio dei diritti, che chiama in causa un'attività interpretativa caratterizzata da una troppo ampia discrezionalità nell'individuare il significato o il contenuto, la questione della proliferazione e del costo dei diritti, per questo detti anche diritti insaziabili<sup>4</sup>, sono problemi divenuti ineludibili nel dibattito contemporaneo, al punto da caratterizzare l'età dei diritti non più sulla base delle aspettative in un futuro migliore, ma sull'idea di un tramonto della fiducia nelle riposte provenienti dai diritti, per poi arrivare a sostenere, in ultimo, che il linguaggio dei diritti si sia trasformato in una lingua franca<sup>5</sup>.

Questo tema occupa un posto di rilievo nell'opera di Stefano Rodotà, che già nel 1995, in *Tecnologie e diritti*<sup>6</sup>, affrontava la questione delle sfide poste dalle innovazioni tecnologiche ai vecchi diritti fotografando una cultura dei diritti che stava cambiando non solo i modelli di organizzazione sociale e la vita degli individui, ma anche il quadro istituzionale. L'attenzione del giurista verso la grammatica morale e giuridica dei diritti e la sua particolare sensibilità all'avvento delle innovazioni tecnologiche e scientifiche, che contribuiscono a eleggerlo il giurista delle nuove tecnologie, caratterizzano buona parte della sua riflessione dell'ultimo ventennio, che coincide anche con la

<sup>2</sup> N. BOBBIO, op. cit., pp. 254-255. Si veda A. FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, Bologna, 2007.

<sup>3</sup> N. BOBBIO, op. cit., p. 63. Si veda inoltre: B. CELANO, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, Analisi e diritto, Torino, 2001, p. 16.

<sup>4</sup> L'espressione è di Anna Pintore in A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. VITALE, Roma-Bari, 2001, pp. 179-200, sp. p. 179.

<sup>5</sup> Sul punto si rimanda a A. SCHIAVELLO, *La fine dell'età dei diritti*, in *Etica & Politica / Ethics & Politics*, 1, 2013, pp. 120-145.

<sup>6</sup> «Così, le tecnologie sfidano i vecchi diritti e ne esigono impetuosamente di nuovi. Intorno ad esse si ridefinisce l'identità stessa del soggetto, a partire dalle modalità della procreazione fino alla rete di relazioni interpersonali costruita attraverso le varie categorie di informazioni» in S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 15.

fase di maggior impulso dello sviluppo del dibattito bioetico e biogiuridico sul piano nazionale e internazionale. Fino ad arrivare al 2012, quando ne *Il diritto di avere diritti*, Rodotà si domanda se sia conveniente continuare a investire culturalmente e politicamente nei diritti sulla scia di quell’età dei diritti tematizzata da Bobbio e si interroga sul “tramonto globale” di questa età<sup>7</sup>, consapevole sia del fatto che una certa retorica e narrazione dei diritti avessero impoverito la portata normativa di questi sia della impossibilità di fare a meno del “nucleo duro” dei diritti nelle politiche della vita. Al riguardo, scrive: «Non sarebbe la prima volta che, in preda al disincanto o sotto la spinta del realismo politico, si considera l’investimento in diritti improprio o fuorviante, specchio d’una riduzione del mondo a questa sola dimensione, che precluderebbe una comprensione più larga e distoglierebbe dalla ricerca di strumenti più efficaci. Quando i tempi sono avversi, e grande appare la disparità delle forze, questa conclusione può divenire seducente [...] è il risultato di una riflessione sulle interdipendenze del mondo di oggi che rendono comuni i rischi e comune la necessità che i diritti siano ‘presi sul serio, come ci ha ricordato Ronald Dworkin<sup>8</sup>».

Ne *Il diritto di avere diritti*, che rappresenta il compimento delle sue precedenti riflessioni su questi temi<sup>9</sup>, Rodotà intende tutt’altro che delegittimare il potere trasformativo dell’età dei diritti, al contrario ne rafforza le fondamenta e i presupposti laddove il passaggio dallo Stato liberale di diritto allo Stato costituzionale, quindi al costituzionalismo dei diritti, proclama i diritti fondamentali quali sfere di protezione degli individui nei confronti del potere politico. Si dovrà attendere la seconda metà del Novecento per assistere ad un rapporto ancora più pregnante tra costituzionalismo e diritti nella loro riformulazione dinanzi a questioni sostanziali, per arrivare alla costituzionalizzazione della persona e al *costituzionalismo dei bisogni* nell’era della tecnica<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 11.

<sup>8</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 12 e p.14. Per un approfondimento si rimanda a R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982.

<sup>9</sup> A riguardo si vedano S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006; S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, Roma-Bari, 2004; S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1999.

<sup>10</sup> L’idea alla base del costituzionalismo dei bisogni nella prospettiva di Rodotà risente degli approcci alla giustizia e al linguaggio dei diritti di Amartya Sen e Martha Nussbaum che si fondano sulle dimensioni costitutive dell’essere umano, in particolare sul concetto neoaristotelico di essere umano concepito come un essere dignitosamente libero, una persona che, guidata dalla ragion pratica, riesce a “fiorire”. Ogni concezione della giustizia, dei diritti e della libertà deve tenere in considerazione le modalità attraverso cui l’individuo può soddisfare i propri bisogni, le relazioni di cura ed essere rispettato nel contesto delle sue differenze e specificità. In ragione a questa assunzione di base la strategia politica di Nussbaum viene definita liberalismo neoaristotelico, per cui una vita autenticamente umana è una vita vissuta in mutua collaborazione con gli altri, in diversi rapporti di dipendenza e di assistenza, e tale dimensione della dipendenza e dei bisogni è da ritenersi costitutiva dell’essere umano, altrettanto quanto la dimensione della razionalità. Dall’altra parte, sul fronte dei diritti umani, Amartya Sen ha sottolineato come sia importante non confinare la giustificazione dei diritti umani entro una sola società, data la loro strutturale aspirazione all’universalità. Sen, insieme a Martha Nussbaum, tenta di costruire una teoria dei diritti umani innestata sul concetto di bisogno e sui diritti come capacità: le capacità possono essere concepite come un ulteriore passo avanti rispetto agli interessi, sono opportunità effettive che gli individui hanno di scegliere e realizzare certi piani di vita. Cfr. M. NUSSBAUM, *Diventare persone. Donne e universalità di diritti*, Bologna, 2001; M. NUSSBAUM, *Le nuove frontiere della giustizia*, Bologna, 2007; A.K. SEN, *Lo sviluppo è libertà. Perché non c’è crescita senza democrazia*, Milano, 2000; A.K. SEN, *L’idea di giustizia*, Milano, 2010; A.K. SEN, *La diseguaglianza. Un riesame critico*, Bologna, 1994.

Questi sono alcuni dei passaggi al centro della filosofia dei nuovi diritti e delle nuove tecnologie di Rodotà oggetto di questo contributo che, alla luce delle considerazioni fin qui espresse, intende muovere dal problema della qualificazione dei nuovi diritti<sup>11</sup> nella cornice del costituzionalismo contemporaneo. L'obiettivo sarà quello di evidenziare alcune delle criticità maggiormente discusse nell'attuale scena giusfilosofica e biogiuridica, in termini di riconoscimento e tutela di questi diritti. In particolare, i profili problematici più rilevanti riguarderanno la relazione tra soggetto, corpo e persona e saranno connessi all'esercizio del diritto all'autodeterminazione che occupa un ruolo cruciale nelle analisi di Rodotà. In ultimo, verrà presa in considerazione una ulteriore e problematica declinazione del diritto all'autodeterminazione relativa al modo di concepire, nell'età dei nuovi diritti, la proprietà sul corpo e sulle sue parti. Come si vedrà, da questa prospettiva il complesso rapporto tra persona e corpo non è riassumibile né nella sovranità assoluta sul proprio corpo né ad un accesso ad esso e alle sue parti attraverso logiche mercantili, piuttosto la questione è tale da richiedere un superamento della logica proprietaria in senso liberista per ricondurre le relazioni giuridiche circa gli atti di disposizione del corpo e delle sue parti nel perimetro dei diritti della persona, in un quadro normativo sempre più relazionale, inclusivo e dinamico.

## 2. Lo spazio di riconoscimento dei nuovi diritti

La formula *costituzionalismo dei bisogni*, inteso come costituzionalismo materiale perché riferito non più al soggetto giuridico astratto, ma ai soggetti "di carne" con le loro specificità, rappresenta l'autentico punto di forza della prospettiva di Rodotà sui diritti<sup>12</sup>. Si tratta di un costituzionalismo sensibile alle trasformazioni della società, entro il quale si colloca la nascita di nuovi diritti quali i diritti riproduttivi, genetici, di fine vita, diritti alla privacy e alla riservatezza, diritti del corpo, diritti delle persone lesbiche, gay, bisessuali, transgender (Lgbt), o diritti che si spingono fino alle "fron-

<sup>11</sup> «L'espressione "nuovi diritti", infatti, dev'essere considerata, a un tempo accattivante e ambigua. Ci seduce con la promessa di una dimensione dei diritti sempre capace di rinnovarsi, di incontrare in ogni momento una realtà in continuo movimento. Il cuore della storia civile, se così si vuole. Al tempo stesso, però, lascia intravedere una contrapposizione tra diritti vecchi e diritti nuovi come se il tempo dovesse consumare quelli più lontani, lasciando poi il campo libero a un prodotto più aggiornato e scintillante, con un voluto e pericoloso travisamento sul quale già si è richiamata l'attenzione» (S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 71). Il riferimento cui allude Rodotà riguarda il rischio di svalutare indebitamente la portata normativa dei diritti fondamentali rispetto ai quali, invece, l'età della tecnica, come la stessa età dei diritti, rintraccia in questi un percorso obbligato «attraverso il quale le istituzioni si confrontano con le persone, dando pure origine a sopraffazioni e conflitti nuovi, che fanno nascere una percezione più acuta e profonda di che cosa voglia dire essere titolare di un diritto e che cosa significhi vederselo negato» (S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 70). Sul tema si vedano inoltre: M. KRAMER, H. STEINER, *Theories of Rights: Is There a Third Way?*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 27, 2007, pp. 281–310; C. WELLMAN, *The Proliferation of Rights. Moral progress or empty rhetoric?*, Boulder, 1999; F. VIOLA, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'età contemporanea*, Bari, 1997.

<sup>12</sup> Qui il rimando è alla costituzionalizzazione della persona su cui poggia il *costituzionalismo dei bisogni*: «Si può dire che si passa dalla considerazione kelseniana del soggetto "come unità personificata di norme", dalla stessa persona fisica tutta risolta in "unità di doveri e diritti", alla persona come via per il recupero integrale dell'individualità dei valori fondativi del sistema, dunque da una nozione che predicava indifferenza e neutralità a una che impone attenzione per il modo in cui il diritto entra nella vita, e si fa così tramite di un diverso insieme di criteri di riferimento» (S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., pp. 154-155).

tiere del post-umano”, al punto da domandarsi se, nel contesto delle dinamiche globali, possa sopravvivere la pretesa universalità dei diritti umani, a fronte di diritti legati alle trasformazioni culturali, tecnologiche, ambientali, e alla molteplicità delle esperienze che incidono sempre più sulle categorie storiche della politica e del diritto, trasformando e assegnando così una dimensione materiale ai diritti fondamentali della persona<sup>13</sup>. Per Rodotà, l’impegno del giurista è rivolto ai processi che accompagnano la giustificazione e il riconoscimento dei nuovi diritti e che sollevano questioni tradizionalmente legate alla conquista dei diritti civili, politici e sociali, e più in generale all’affermarsi del costituzionalismo dei diritti<sup>14</sup>, nella consapevolezza della profonda tensione politica dovuta all’emergere di un soggetto di diritto non più disincarnato. Uno scenario di questo genere è tale da richiedere un ripensamento complessivo dello schema su cui il discorso giuridico si è fondato nella modernità. A riguardo, una delle caratteristiche del costituzionalismo contemporaneo, come è noto, è data proprio dall’ampiezza ed eterogeneità del catalogo costituzionale, destinato ad arricchirsi di nuovi diritti in via interpretativa e di contenuti etici sostanziali, quali sono i valori, i principi e le istanze che riflettono la cultura etica e politica della società<sup>15</sup>. Si tratta di un costituzionalismo che prevede forme di ampia discrezionalità interpretativa in sede giudiziaria e che incorpora un ricco contenuto di istanze etiche e questioni sostanziali, tali da richiedere tutele e garanzie necessarie ad essere tradotte in diritti, prospettando costi economici e sociali. Per queste ragioni spesso alcuni diritti si rivelano promesse illusorie, rimanendo solo “diritti di carta”; in altri casi si ricorre al fenomeno del “turismo dei diritti” (abortivo, procreativo, eutanasi) per ottenere tutele negate nel proprio paese d’origine. Nella prospettiva di Rodotà questi aspetti problematici sono presi sul serio e indagati nel quadro del catalogo aperto dei diritti fondamentali del testo costituzionale, per comprendere come le istanze etiche e sostanziali associate ai nuovi diritti possano trovare giustificazione e riconoscimento. L’analisi del giurista si serve di alcuni strumenti di accertamento interconnessi tra loro: in primo luogo il rapporto tra nuove situazioni da tutelare e democrazia, in quanto l’insaziabilità di sempre nuove prerogative potrebbe erodere inevitabilmente strutture politiche e sociali (quali ad esempio il welfare pubblico); in secondo luogo la cartografia dei nuovi diritti apre ad uno scenario continuamente attraversato da conflitti circa le garanzie di effettività concreta dei nuovi diritti. Che i diritti abbiano una fisiologica vocazione espansiva è indubbiamente vero, ma nel costituzionalismo contemporaneo la sfida riguarda la traduzione o meno del discorso e della pratica dei diritti in pretese insaziabili<sup>16</sup>. A fronte di questo stato dell’arte, la ricerca di Rodotà evidenzia con forza come il richiamo ai diritti oggi si muova su coordinate molto diverse da quelle che animavano la modernità. Da un lato, il rapporto tra diritti e democrazia implica il ricorso a meccanismi di rappresentatività che richiedono un controllo giudiziario sulle leggi a garanzia dei diritti fondamentali, in modo da assicurare nuove forme di parteci-

<sup>13</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 43.

<sup>14</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., pp. 94-104.

<sup>15</sup> Cfr. G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, 2017, pp. 13-51; B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna, 2013, cap. 3; A. D’ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Diritti e costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, pp. VII-XCIII.

<sup>16</sup> Cfr. B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, cit., pp. 89-93; T. MAZZARESE, *Ripensare la cultura dei diritti?*, in T. MAZZARESE, P. PAROLARI (a cura di), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, Torino, 2010, pp. 125-152.

pazione democratica nelle decisioni collettive. Si tratta dei meccanismi della *judicial review* mediante i quali l'individuo contribuisce alla formazione di decisioni nel dibattito pubblico o parlamentare, laddove sono in gioco diritti e interessi individuali: a titolo esemplificativo, nel nostro Paese le recenti discussioni pubbliche e parlamentari sul matrimonio omosessuale e sulle decisioni di fine vita sono state innescate e alimentate proprio da interventi giudiziari<sup>17</sup>. Questo strumento, se ben utilizzato, è tutt'altro che antidemocratico in quanto, oltre ai tradizionali modi di esercitare la democrazia attraverso le istituzioni di governo, consente una democrazia di "opposizione" esercitata dai cittadini nel contestare o rivendicare decisioni assunte dai loro rappresentanti per correggerle o emendarle alla luce dei diritti individuali. Dall'altro lato, tuttavia, l'equilibrio tra queste forme di democrazia nell'età dei nuovi diritti è un profilo indubbiamente problematico, laddove si ha a che fare con «categorie storicamente costitutive e perciò ritenute irrinunciabili di un passato dal quale non sembra possibile distaccarsi senza intaccare i fondamenti stessi dell'ordine democratico»<sup>18</sup>. Rodotà insiste opponendo la tenace sottolineatura della centralità dei diritti fondamentali della persona, quale criterio di riconoscimento e garanzia dei nuovi diritti. In quest'ottica si tratta di tutelare e riscrivere una identità costituzionale laddove le richieste di nuovi diritti avanzano in concomitanza all'influenza dell'economia e della tecnica, all'interno di una rinnovata alleanza tra legislazione e giurisdizione. L'intento è quello di definire procedure di garanzia che siano generate dal confronto delle istituzioni con le persone, fermo restando il fatto che sopraffazioni e conflitti nuovi si hanno e si avranno sempre, ma questo «è il mondo nuovo dei diritti, ben più arduo da comprendere e ricostruire di una semplice elencazione di nuovi diritti. Un tempo mutato, dunque, non un semplice esercizio di contabilità, la registrazione di qualcosa che si aggiunge al tempo precedente»<sup>19</sup>. Gli ingredienti, dunque, per costruire questa identità costituzionale entro un nuovo assetto di poteri, e allo stesso tempo per non rinunciare alla narrazione dei diritti, sono da rintracciare nell'azione delle corti in quanto epicentro della garanzia dei diritti fondamentali; dall'allargamento della categoria della cittadinanza alla costituzionalizzazione della persona<sup>20</sup>. Questi elementi rimandano ai connotati di una età dei nuovi diritti che oggi assume come riferimento i diritti fondamentali all'interno di un clima di tensione, rispetto al quale Rodotà ha strategicamente riabilitato la saldatura tra linguaggio dei diritti e bisogni della persona, in

<sup>17</sup> Legge 20 maggio 2016, n. 76 "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze" e Legge 22 dicembre 2017, n. 219 "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento". Questo aspetto è centrale nella riflessione di Rodotà, laddove in gioco vi è il riequilibrio del rapporto tra legislazione e giurisdizione, tra interessi maggioritari e altri interessi che rischiano di non venire percepiti al fine della costruzione di un patrimonio comune e globale di diritti fondamentali.

<sup>18</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti. Tra diritto e non diritto*, cit., p. 47.

<sup>19</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti. Tra diritto e non diritto*, cit., p. 71. La questione qui si interseca anche con le minacce di una *governance* globale che si insidiano nel rapporto tra legislazione e giurisdizione: l'amministrazione dei diritti nella concorrenza tra potere giudiziario e potere legislativo deve integrarsi con gli strumenti della dimensione sovranazionale e internazionale dei diritti umani. Cfr. M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei nuovi diritti*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2009, pp. 537-568; R. BIN, *Nuovi diritti e vecchie questioni*, in *Studi in onore di Luigi Costato. Vol.III. I multiformi profili del pensiero giuridico*, Napoli, 2014, pp. 75-84.

<sup>20</sup> Si vedano: L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II: *Teoria della democrazia*, Roma-Bari, 2007; S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009.

quanto «La dimensione dei diritti non può essere disgiunta da una considerazione della materialità delle condizioni delle persone, dunque dal confronto continuo tra la promessa dei diritti e gli effetti che essa produce»<sup>21</sup>.

Non va tralasciato, in ultimo, il ruolo giocato nelle modalità di costruzione della fisionomia dello statuto costituzionale dei (nuovi) diritti dalla Corte di Giustizia europea e dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, in particolare nel tutelare e riconoscere il ruolo dei diritti fondamentali cui anche la Corte costituzionale italiana ha mostrato di convergere giungendo a conclusioni assai significative, come quella di stabilire, ad esempio, che l’autodeterminazione costituisce un *diritto fondamentale* della persona<sup>22</sup>.

Qui è evidente il sodalizio tra persona e diritti fondamentali, in modo che questi ultimi si pongano come “limite a ogni altro uso del diritto che possa indebolire questo legame”<sup>23</sup>. Con l’età dei diritti il catalogo dei diritti fondamentali si amplia e le modalità con cui ciò avviene si insediano nel sistema politico-istituzionale caratterizzandone un nuovo modo d’essere: «Essi crescono in ‘durezza’ parallelamente alla progressiva sostituzione delle costituzioni rigide a quelle flessibili, al diffondersi del controllo di costituzionalità, al passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale dei diritti»<sup>24</sup>. In questa prospettiva i diritti fondamentali vengono a costituire un *corpus* giuridico indivisibile e inviolabile, come mostra la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea che porta un più saldo fondamento alla costituzionalizzazione della persona e dei grandi diritti collettivi, come i diritti di cittadinanza, dei popoli e di gestione libera delle risorse<sup>25</sup>. I diritti esprimono così i diversi momenti della vita in modo non più formale e separato, poiché «la distinzione tra diverse generazioni di diritti – civili, politici, sociali, nuovi e nuovissimi – diviene un ostacolo alla loro concreta attuazione quando a ciascuna generazione si vuol attribuire un grado diverso di “durezza”, con tutele differenziate, via via decrescenti soprattutto quando si entra nell’area critica dei diritti sociali e dei diritti collettivi di “quarta generazione” (salute, ambiente, sviluppo sostenibile).[...] Si che per esempio l’invulnerabilità del corpo non è più solo quella attribuita dalle prime generazioni dei diritti al solo corpo fisico, ma comprende anche il corpo elettronico attraverso l’attribuzione alla protezione dei dati personali dello statuto di autonomo diritto fondamentale»<sup>26</sup>. Ne deriva, in conclusione, che la stessa idea di diritti fondamentali è al contempo confermata e messa a dura prova: siamo, del resto, nel complesso e articolato perimetro del *costituzionalismo dei bisogni*, fatto di poteri e realtà dinamiche, tese a interpretare e tradurre le costituzioni nazionali, a vigilare sulle corti costituzionali internazionali e a guardare alla costruzione della dimensione globale dei diritti.

<sup>21</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti. Tra diritto e non diritto*, cit., p. 49.

<sup>22</sup> Il rimando è principalmente alla sentenza n. 438 del 2008 dove si fa esplicito riferimento all’autodeterminazione come diritto fondamentale della persona.

<sup>23</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., p. 32.

<sup>24</sup> S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., p. 33.

<sup>25</sup> Cfr. M. CARTABIA, *L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione europea*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, pp. 13-66.

<sup>26</sup> S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., p. 36.

### 3. Soggetto, corpo e persona

Nella grammatica dei nuovi diritti l'opera di Rodotà irrompe portando il tema delle *condizioni materiali* della persona al centro dell'attenzione, quale dato socio-politico che va oltre la finzione che regge la persona nel contesto giuridico. Si tratta di un passaggio significativo che fa confluire l'invenzione dell'individuo moderno con l'identità individuale nel termine persona, ma con una valenza nuova: l'enfasi posta sulla forza realistica della persona è propriamente dettata dal bisogno di far riemergere la dimensione giuridica nella vita, rifiutando l'astrattezza e la trascendenza del soggetto liberale<sup>27</sup>. Si arriva così all'invenzione del soggetto di diritto inteso come individuo non solo del mondo giuridico, ma come problema storico, politico, antropologico, etico e sociologico; di un soggetto riconducibile in prima istanza al segno personalista<sup>28</sup> presente nell'art. 2 della Costituzione, con riferimento al libero sviluppo della personalità, e alla connessione storica tra soggetto astratto ed eguaglianza, come rappresentato nell'art. 3, comma 2, della Costituzione, dove l'eguaglianza formale è accompagnata da quella sostanziale all'insegna di una soggettività astratta che si misura sulla concretezza del reale.

In questo quadro si definisce lo statuto epistemologico della persona mediante l'affermazione dell'invulnerabilità della sua dignità, che si concretizza nell'invulnerabilità del corpo, come esplicitato nell'art. 32, secondo comma dove il diritto alla salute delinea i tratti salienti del rapporto tra corpo e persona<sup>29</sup>, avviando la transizione dal soggetto di diritto al soggetto di carne. Seguendo la traiettoria costituzionale, Rodotà sottolinea come non solo quella italiana, ma anche la cornice biogiuridica sovranazionale si muova nell'ottica di cogliere la *persona* nei suoi legami sociali, prima che giuridici, vale a dire nel suo essere culturalmente, storicamente e fisicamente situata<sup>30</sup>. Il profilo

<sup>27</sup> Sulla dimensione giusfilosofica del concetto di persona si rimanda a: P. RICOEUR, *La persona*, Brescia, 1997; F. TODESCAN, *La persona giuridica*, in F. TODESCAN, *Itinerari critici dell'esperienza giuridica*, Torino, 1991, pp. 83-120; P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività. Per una definizione del concetto di persona nel rapporto con la titolarità delle situazioni soggettive*, Padova, 1975. Sul concetto di persona in relazione ai diritti fondamentali si vedano in particolare: N. LIPARI, *Introduzione*, in N. LIPARI (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Roma-Bari, 1974; B. PASTORE, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Torino, 2013. In relazione alla bioetica e al biodiritto si veda: L. PALAZZANI, *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, Torino, 1996. Le critiche all'idea di persona in un senso universale e astrattamente neutro sono state avanzate a partire dagli anni Settanta anche dal movimento femminista e in seguito dai fautori del multiculturalismo, in particolare si vedano: C. GILLIGAN, *Con voce di donna*, Milano, 1982; A. CAVARERO, *Tu che mi guardi, tu che mi racconti*, Milano, 1997; M. NUSSBAUM, *Le nuove frontiere della giustizia*, Bologna, 2007; J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo, Lotte per il riconoscimento*, Milano, 1998.

<sup>28</sup> Il riferimento è al personalismo francese di Jacques Maritain che, unitamente a Emmanuel Mounier a Gabriel Marcel, rivendica una nuova dimensione anti-individualistica della vita politica e sociale. Qui la persona umana, in particolare in Maritain si configura come entità irriducibile appartenente alla comune essenza del genere umano il cui fine risiede in un disegno universale orientato al bene comune (Cfr. J. MARITAIN, *La persona e il bene comune*, Brescia, 1998).

<sup>29</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997.

<sup>30</sup> Il punto rimanda alla ricostruzione della dimensione costituzionale che si ha con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2000), a partire dal Preambolo dove si afferma che l'Unione pone la persona al centro della sua azione, e poi dagli artt. 3 e 8 che affermano rispettivamente il diritto all'identità fisica e psichica e il diritto alla protezione dei dati personali; su questa linea avevano già tracciato un solco fondamentale sia la Convenzione sui diritti umani e la biomedicina (1997) sia la Dichiarazione universale sul genoma umano e sui diritti umani dell'Unesco (1997), nonché la successiva Dichiarazione internazionale sui

nuovo della persona emerge dalla sua *costituzionalizzazione* che si compie non solo attraverso la carta costituzionale, ma anche tramite il peso attribuito al corpo e alla molteplici valenze del suo essere in società. Il risultato è che le innovazioni scientifiche e tecnologiche determinano l’applicazione della dimensione costituzionale alle condizioni personali, mettendo radicalmente in discussione l’artificialità giuridica del soggetto, ma di nuovo «la rilevanza attribuita alla persona in quanto tale non produce, nella dimensione giuridica, dissoluzione di ogni riferimento generale, ma uno spostamento dell’attenzione su categorie costruite su dati espressivi della nuova realtà, come il consenso informato, l’integrità della persona, l’irriducibilità del mercato»<sup>31</sup>. Questo movimento è ben rappresentato nel passaggio dalla bioetica al biodiritto, vale a dire dallo scivolamento dei principi etici verso principi e strumenti più propriamente giuridici, ad esempio, attraverso l’istituto del consenso informato, mediante cui la persona si autodetermina rispetto alle scelte circa i trattamenti sanitari sul proprio corpo, oltre che in merito alla tutela dei dati personali, in un processo che stravolto la relazione tra curato e curante, tra la persona che cede i dati e chi deve trattarli.

La progressiva avanzata del diritto alla salute verso il centro del sistema giuridico può essere considerata il segno forse più evidente di un diverso modo di guardare alla persona, mediante la ricostruzione della sua identità fisica e psichica, si pensi alla definizione di salute dell’Organizzazione Mondiale della Sanità come “stato di benessere fisico, psichico e sociale” e all’interesse correlato nel tutelare l’intera vita psico-fisica dell’uomo<sup>32</sup>. Una prospettiva di questo tipo è tesa a contrastare il riduzionismo biologico e ad accogliere un’idea di persona che tuteli in prima istanza la *biografia* sulla biologia, laddove la spinta tecnologica e scientifica, invece, sembra incidere prevalentemente sulla naturalità delle fasi biologiche dell’esistenza, quali l’inizio, la fine, la cura e la configurazione genetica, trascurando il fatto che la persona è anche il suo sistema di relazioni sociali e *ha* una identità declinata al plurale, proiettata tra i principi di eguaglianza, autonomia e dignità: «Si tratta di un importante ripensamento della norma che sconfessa radicalmente la tradizione moderna del pensiero giuridico, mediante l’apertura ad una logica immanentistica e, ciò nonostante, normativa: la vita produce norme nel suo adattarsi incessante»<sup>33</sup>. Se la persona è irriducibile allo standard di normalità del soggetto astratto che non si confronta con la variabile indivi-

---

dati genetici umani (2003) e in ultimo la Dichiarazione universale sulla bioetica ed i diritti umani (UDBHR) del 2005.

<sup>31</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 163.

<sup>32</sup> Nella nota definizione della salute dell’Organizzazione Mondiale della Sanità del 1948 la salute viene definita come “stato di completo benessere fisico, mentale, sociale” e non semplicemente assenza dello stato di malattia o di infermità. In quest’ottica la salute è strettamente connessa al tema dello sviluppo umano, al fine di includervi anche la garanzia, per gli individui e non più per i soli cittadini, di diritti e libertà (libertà dal bisogno), opportunità di sviluppo e partecipazione sociale (Cfr. D. CALLAHAN, *The WHO definition of “health”*, in *Stud Hastings Center*, 1, 1973, pp. 77-88). Inoltre, la dimensione bioetico-politica del diritto alla salute è progressivamente emersa all’attenzione dei governi e delle istituzioni. La Dichiarazione Universale sulla Bioetica ed i Diritti Umani (UNESCO, 2005) ribadisce che il diritto alla salute è radicato nella sovranità statale e nell’impegno dei governi nel garantire tale diritto, nel quadro di un’adeguata concezione dell’eguaglianza sociale.

<sup>33</sup> Cfr. L. BAZZICALUPO, *Dalla natura all’artificio e ritorno. Un breve circuito a proposito di norma*, in A. CATANIA, F. MANCUSO (a cura di), *Natura e artificio. Norme, corpi, soggetti tra diritto e politica*, Milano, 2011, pp. 11-24, sp. 20.

duale e sociale<sup>34</sup>, e allo stesso tempo non è riconducibile solo alla sua essenzialità biologica, allora questo ha, e ha avuto, una inevitabile ricaduta sul versante “soggettivo” della regolazione giuridica, vale a dire sulla pluralità di interessi della persona umana e opzioni morali correlate ad essa nell’era della bioetica e del biodiritto (legislativo e giurisprudenziale).

#### 4. Il diritto all’autodeterminazione

La sistematizzazione del passaggio dal soggetto alla persona, filtrata dalla grammatica dei nuovi diritti, determina altresì l’esplicitazione di una vera e propria “filosofia del corpo” che Rodotà definisce anche nei termini di una nuova antropologia giuridica, plasmata in modo significativo dal rapporto tra diritto e vita, secondo uno schema che non è poi così distante da quanto sosteneva Luigi Mengoni a proposito dell’antropologia legata alla nascita del diritto del lavoro: «Il modello antropologico dell’individualismo proprietario è stato corretto dal diritto del lavoro, che comincia a svilupparsi verso la metà del XXI secolo, o verso la fine nei paesi, come l’Italia, a ritardata crescita capitalistica. In quanto presuppone l’uomo che lavora, e non semplicemente un proprietario di forza-lavoro che la offre sul mercato, il diritto del lavoro instaura l’antropologia definitiva del diritto moderno, fissata nell’art. 1 della Costituzione del 1947, che proclama essere il nostro ordinamento “fondato sul lavoro”»<sup>35</sup>.

Con il consueto riferimento alla storia, alla letteratura e alla filosofia, Rodotà delinea un’ampia traiettoria genealogica della sua filosofia del corpo, all’interno di una cornice antropologico-giuridica che arriva a definire puntualmente i contorni dei diritti del corpo e della persona, primo fra tutti il diritto all’autodeterminazione. Quest’ultimo, radicato nella cornice etica della Dichiarazione universale dei diritti umani, porta a compimento quella che Rodotà chiama la “rivoluzione della dignità” che progressivamente rappresenterà l’approdo alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, dove si ribadisce l’idea della inseparabilità della persona dalla sua dignità. Il principio di dignità rappresenta un fondamento tanto universale quanto discusso per la sua intrinseca ambiguità, ma contraddistingue anche le fondamenta della dimensione costituzionale e la diretta applicazione degli altri suoi principi, nonché il fondamento dei diritti che appartengono alla persona, tra cui il diritto all’autodeterminazione che la nostra Corte costituzionale ha qualificato come diritto fondamentale della persona: «Nella sentenza n. 438 del 2008, infatti, si legge: ‘la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all’autodeterminazione e quello alla salute’. E ricordiamo le parole che chiudono l’art. 32 sul diritto alla salute: ‘la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana’. Viene così confermato che la definizione della dignità appartiene a un processo di cui la persona è protagonista»<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e Fonti del biodiritto*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Vol. I, Milano, 2010, pp. 169-230.

<sup>35</sup> Cfr. L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell’uomo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1984, pp. 1117-1136.

<sup>36</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., pp. 194-195.

Quella che il giurista delle nuove tecnologie ha predisposto è una cassetta degli attrezzi fondamentale per cominciare a comprendere la costruzione di una politica dei nuovi diritti, nella cornice di un’antropologia umana *alterata* dalle tecnologie, per cui temi e questioni come la tracciabilità elettronica del corpo, il potenziamento umano delle prestazioni fisiche e intellettuali, la tecnologia dell’algoritmo, l’automazione, pongono l’*homo dignus* in una posizione critica rispetto al diritto all’autodeterminazione e alla tutela della dignità nei confronti del “nucleo normativo della soggettività razionalistica moderna (autonomia, autodeterminazione, partecipazione)”<sup>37</sup>. Anche qui Rodotà rifugge da riduzionismi sterili per porre l’accento sulla saldatura tra volontà e vita e sulla costituzionalizzazione della persona, a fronte di un biodiritto capace di garantire la persona contro abusi e poteri invasivi del suo corpo nella trama dei legami sociali. L’autodeterminazione, che si è andata configurando soprattutto nelle dichiarazioni più profonde della nostra costituzione (artt. 2, 13, 32), si inquadra in una sorta di nuova dichiarazione di *habeas corpus*, una rinnovata autolimitazione del potere: «il corpo intoccabile diviene presidio di una persona umana alla quale in nessun caso si può mancare di rispetto»<sup>38</sup>, neppure con la legge, in quanto il rispetto della dignità è dovuto alla persona nella sua *integralità*. La rivoluzione tecnologica in ambito medico e l’introduzione della disciplina del consenso informato nella relazione di cura aprono così la strada all’affermazione di un nuovo *soggetto* morale che rivendica rispetto e autonomia in virtù della sua *agency*, il *paziente* (morale).

Qui è primariamente il livello costituzionale con i suoi principi a definire l’essenza e le dinamiche del discorso bioetico caratterizzate dal ricorso ad un diritto vivente, cioè un diritto che emerge dalle situazioni concrete e dalla sensibilità sociale connessa all’urgenza e alle specificità dei singoli casi. In questo senso la relazione tra bioetica e biodiritto ha assunto prima fra tutte la risorsa giudiziaria quale modalità privilegiata per plasmare il diritto ai contesti di confronto etico e culturale sui problemi che, a partire dagli anni Settanta, emergono nei nuovi settori della medicina e della biologia. Si tratta, nell’ottica delineata da Rodotà, di problemi giuridici sostanziali che hanno determinato una vera e propria distribuzione di poteri dove ciò che prima era assoggettato ai poteri esterni, pubblici e privati, ora viene attribuito al potere della persona, che si estenderà fino a parlare di autodeterminazione biologica, e ancor più nello specifico di autodeterminazione relativa al materiale biologico<sup>39</sup>. A riguardo, il riferimento alla trama costituzionale include una serie di altre pronunce significative sul tema, dalla sentenza n. 332 del 2000 alla n.282 del 2002 fino alla già citata sentenza n. 438 del 2008<sup>40</sup>; il percorso si snoda lungo il riconoscimento dei diritti fondamen-

<sup>37</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 250.

<sup>38</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e Fonti del biodiritto*, cit., p. 177.

<sup>39</sup> È lungo questo iter che si giunge allo sviluppo di quel rapporto tra consenso informato e diritto fondamentale all’autodeterminazione che si ritrova così ben esplicitato nella già citata sentenza 438 del 2008 e che informa ormai la dimensione della vita e del corpo, come afferma anche l’art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

<sup>40</sup> Con la sentenza n. 332 del 2000 si sottolinea che l’art.2 della Costituzione tutela l’integrità della sfera personale e la libertà di autodeterminazione; nella sentenza n. 282 del 2002 si afferma l’obbligo del rispetto dell’integrità psico-fisica e della personalità del malato. Ancor prima, la sentenza n. 471 del 1990 in cui la Corte dichiarava il valore costituzionale della inviolabilità della persona nel potere della persona di disporre del proprio corpo cui corrisponde il diritto del singolo di impedire intromissioni nel proprio corpo secondo

tali della persona, fino alla ricucitura dell'intreccio salute e vita operata dall'art. 32 Cost., passando per la storica sentenza 21748 del 2007 che decideva la complessa e lunga questione del diritto di morire con dignità di Eluana Englaro.

Questo mutamento di paradigma giuridico si presenta in forte dissonanza con la concezione del soggetto che compariva in passato nei codici civili, dal momento che ora il soggetto è considerato un libero costruttore della propria personalità e l'oggetto del suo agire non è più soltanto relativo all'assetto degli interessi patrimoniali, ma al complessivo svolgersi della vita. Si potrebbe dire, parafrasando Rodotà, che il soggetto non conta più per quello che *ha*, ma per quello che è nel momento in cui la dimensione individualistica e le regole di consenso, che in passato erano state costruite in relazione alle proprietà patrimoniali, non sono più idonee per essere trasferite nei medesimi significati alle categorie del governo del corpo e di sé. Lo ha ribadito Paolo Zatti nel definire la dignità, la libertà, l'autodeterminazione e la privacy quali prerogative da declinare con la specificazione *nel corpo*<sup>41</sup>. Questo aspetto, di particolare densità di significati e criticità, verrà ripreso più avanti a proposito del rapporto tra personalità e proprietà e dell'uso improprio del modello proprietario nell'ambito dei diritti del corpo. Basti ora sottolineare che al problema Rodotà ha dato risalto, evidenziando come i riferimenti alla disciplina privatistica siano del tutto assenti nella giurisprudenza internazionale circa il diritto all'autonomia e all'autodeterminazione, dove non si ravvisano norme relative ai profili patrimoniali che passano dalla proprietà alla personalità<sup>42</sup>. Tuttavia, come afferma lo stesso Rodotà, prendere atto di questo processo è faticoso e non sono poche le sollecitazioni provenienti dalle attuali pronunce giurisprudenziali sulla estensione impropria della categoria proprietaria al governo del corpo e delle sue parti. Ciò rende il diritto all'autodeterminazione sempre più "vulnerabile" come diritto fondamentale, o per meglio dire un diritto che deve tutelare la sua esposizione ai poteri esterni, quali il potere del mercato, dei condizionamenti ambientali e dell'ideologia politica. In aggiunta, giova ricordare che il carattere fondamentale del diritto all'autodeterminazione e la menzionata rivoluzione del consenso informato hanno avuto un percorso di ingresso tortuoso nel nostro quadro istituzionale, tant'è vero che solo la giurisprudenza costituzionale ne ha agevolato e sancito, almeno in parte, il consolidamento<sup>43</sup>.

---

gli articoli 3 e 32 della Costituzione; poi la sentenza n. 238 del 27 giugno 1996 in cui la Corte affermava che, salvo espressa previsione di legge, nessuno può subire un intervento sanitario non voluto (nel caso, un prelievo ematico coattivo a fini processuali).

<sup>41</sup> Cfr. P. ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, 2009, p. 86.

<sup>42</sup> «La persona costituzionalizzata fonda la regola giuridica su di una antropologia diversa da quella dei codici civili, la cui caratteristica era proprio quella di disciplinare l'insieme delle relazioni personali e sociali" in relazione alla proprietà", secondo l'icastica formula di Cambacérès. Consenso nelle transazioni economiche e autodeterminazione nel governo del corpo sono categorie irriducibili l'una all'altra. Per evitare fraintendimenti culturali, e improprie conclusioni politiche, è bene ricordare, infatti, che quella nozione di autonomia e le conseguenti regole sul consenso sono state costruite avendo come punto di riferimento le dinamiche di mercato e le conseguenti esigenze di certezza nella circolazione dei beni» (Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 263; si veda inoltre S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013, pp. 459-498).

<sup>43</sup> Sul punto si rimanda al recente caso francese di Vincent Lambert, in particolare alla sentenza della Corte europea dei diritti umani, Grande chambre (5 giugno 2015), che si è pronunciata in seguito al ricorso dei genitori di Vincent Lambert, paziente in stato vegetativo con danni cerebrali irreversibili, alla Corte di Strasburgo (5.6.2015, ric. 46043/14), dopo aver chiesto al governo francese di sospendere l'esecuzione della

## 5. Il consenso biografico nel governo di sé

La cultura dell’autodeterminazione necessita ancora di essere sviluppata tramite un’adeguata formazione dei medici e dei professionisti sanitari, nonché del cittadino, per colmare l’insufficiente bagaglio di informazioni e di strumenti per elaborarla e praticarla. La questione si iscrive nel più ampio tema del controllo delle modalità di esercizio o di godimento di un diritto, in tal caso del diritto all’autodeterminazione, laddove il linguaggio dei diritti presuppone la capacità degli individui di rivendicare ciò che spetta loro. Quando si parla di diritti si intende riferirsi ad un interesse ritenuto meritevole di tutela e questo si traduce nell’assegnare al titolare del diritto una qualche forma di controllo sull’esercizio e il godimento di quel diritto stesso. D’altro canto i diritti sono connessi ai doveri, cosicché un diritto che include delle pretese ha necessariamente come correlativo un dovere in capo ad un altro soggetto, dal momento che i diritti non sono auto-esecutivi, ma necessitano di istituzioni di attuazione e di garanzia, di responsabilità e di decisioni. Nell’applicare questo schema all’esercizio del diritto al governo della propria vita, nel contesto del *costituzionalismo dei bisogni*, affiorano le prime barriere di rallentamento e alcuni poli di tensione quando, in molti casi, si tende a comprimere il controllo di questo medesimo diritto da parte del soggetto titolare sulla base di doveri *mancati* che poggiano su ragioni derivate da una sfera di relazioni e poteri *altri* quali il rapporto tra diritto e politica, tra diritto e morale, tra diritto nazionale e diritto sovranazionale e il potere del mercato. Ne è un esempio paradigmatico il diritto alla salute, considerato nella sua duplice dimensione individuale e collettiva<sup>44</sup>, come diritto fondamentale e come diritto sociale. La compressione del suo esercizio avviene in molti casi sia sulla base di ragioni di bilancio e spesa finanziaria, per dichiarare così la riduzione della sua portata normativa in quanto diritto sociale costoso<sup>45</sup>, oppure, rispetto alla sua valenza individuale, si cerca di restringerne il raggio di azione in nome di un paternalismo morale e giuridico che tende, ad esempio, a voler ricondurre l’ambito decisionale inerente ad alcuni processi esistenziali come la morte e il morire alla “natura” o all’ordine naturale delle cose, sottraendolo alla sovranità individuale. Nel

---

sentenza del Conseil d’État in applicazione dell’art. 39 del suo regolamento circa la decisione di rinunciare all’attivazione o al proseguimento di pratiche *life-saving* o *lifesustaining*, evitando così forme di accanimento inutile e degradanti per la stessa persona. Cfr. C. CASONATO, *Un diritto difficile. Il caso Lambert fra necessità e rischi*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 9, 2015, pp. 489-501.

<sup>44</sup> La Costituzione italiana, in modo esplicito, protegge la salute come “diritto fondamentale dell’individuo” e come “interesse della collettività” (art. 32: “La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”).

<sup>45</sup> Il punto rimanda alla questione dei diritti sociali come categoria problematica in quanto diritti a prestazioni positive che da un punto di vista economico richiedono una mobilitazione di risorse pubbliche: il fatto che il diritto all’istruzione e il diritto alla salute implicino per il singolo il diritto di far uso di beni, rende legittimo un insieme di obblighi da parte dello Stato la cui osservanza è necessaria per consentire ai titolari di esso l’uso effettivo di tali beni. L’argomento, dunque, secondo cui i diritti sociali hanno un costo tale da non poter essere completamente garantiti alla collettività, ma solo a classi ristrette di individui sarebbe fallace in quanto tutti i diritti sono costosi e richiedono risorse per la loro protezione. Sul punto si vedano: S. SUNSTEIN, C.R. HOLMES, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000; E. DICIOTTI, *Il mercato delle libertà. L’incompatibilità tra proprietà privata e diritti*, Bologna, 2006; F.J. ANSUATEGUI ROIG, *Rivendicando i diritti sociali*, Napoli, 2014.

nostro Paese solo a partire dalla fine degli anni Novanta la giurisprudenza ha iniziato a configurare la necessità che il paziente potesse decidere in autonomia in ordine ai trattamenti da subire attraverso il consenso informato, fino ad allora non ci si preoccupava di garantire la formazione di una volontà consapevole, e quindi il rispetto della libertà personale<sup>46</sup>.

Riguardo ai rischi di una graduale compressione di questo diritto, che sta particolarmente a cuore a Rodotà, l'opera del giurista insiste nel rilevare gli effetti negativi che si avrebbero sull'assetto socio-politico nell'assestare le pretese o di un *legislatore-scienziato*, teso a definire cosa sia un trattamento terapeutico, o quelle di un *legislatore-medico*, che decide le modalità e termini di cura, nel momento in cui venisse a mancare il riequilibrio dello spazio conquistato dal consenso e dall'autodeterminazione della persona, ribadendo il ruolo ineliminabile della volontà individuale<sup>47</sup>. L'insistenza su questo aspetto è tesa a esaltare e a far valere, al di là dell'astrattezza e generalità della norma, il ruolo della *biografia* del soggetto, si potrebbe dire la sua *personalità*, perché le decisioni intorno alla vita e all'esistenza, sostiene Rodotà, non possono contemplare lo stesso significato di autonomia adottato nei codici civili per la categoria dell'autonomia privata, con riferimento esclusivamente agli interessi patrimoniali, rispetto ad una *proprietà* del soggetto che non ha nulla a che vedere con il sistema dell'autodeterminazione come autonomo diritto fondamentale<sup>48</sup>. Si comprende allora perché il biodiritto abbia individuato modalità di accertamento della volontà della persona che sono distanti dai criteri adottati in altre rami dell'ordinamento, dal momento che l'autodeterminazione si identifica con il progetto di vita realizzato o perseguito dalla persona<sup>49</sup>. Il consenso dunque è *biografico* e si fa *processo*, la persona *può* e *deve* poter decidere la misura dell'accettabilità dell'intervento esterno, ad esempio nell'interrompere o rifiutare trat-

<sup>46</sup> Con la sentenza 309 del 1999 la Corte costituzionale, affermando che il nucleo irriducibile del diritto alla salute è protetto dalla Costituzione innanzi tutto "come ambito inviolabile della dignità umana", suggerisce una lettura del diritto alla salute riferito alla tutela della persona complessivamente intesa, che si esprime nella necessaria ricostruzione dell'idea stessa di salute individuale come profilo attraverso cui l'ordinamento contribuisce alla realizzazione della personalità del singolo. Più di recente, in una articolata sentenza del 2014, la numero 4460, il Consiglio di Stato ha espresso il concetto muovendo proprio dalla trasformazione della nozione di salute e del suo diritto, che oggi deve essere riconosciuto come lo strumento "attraverso il quale l'ordinamento contribuisce alla realizzazione della personalità del singolo". Da ciò deriva la legittima pretesa ad una prestazione complessa da parte dell'Amministrazione sanitaria, che, anche organizzativamente, deve predisporre ad erogare un servizio che non si esaurisca nella semplice somministrazione di una o più attività mediche, ma che si traduca nella garanzia 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. Si veda sul tema A. PIOGGIA, *Diritti umani e organizzazione sanitaria*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 1, 2011, pp. 21-42.

<sup>47</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 269.

<sup>48</sup> S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e Fonti del biodiritto*, cit., p. 210-215.

<sup>49</sup> Cfr. R. DWORKIN, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Milano, 1993, in particolare pp. 247-332. Il concetto che esprime il filosofo nell'ultima parte di questo scritto riguarda il diritto (costituzionale) a morire: si tratta di giustificare tale diritto riconducendolo alla più generale libertà di decidere come vivere la propria vita, cui inerisce anche la pretesa morale di vedersi rispettati nelle scelte libere e competenti che riguardano il morire: in questo senso il diritto di morire con dignità verrebbe a configurarsi come intrinseca dimensione del diritto di vivere con dignità tutte le fasi che l'esistenza implica.

tamenti, e, nell’ottica della costituzionalizzazione della persona e dei diritti, la salvaguardia di questa prerogativa individuale diviene criterio per determinare la legittimità dell’intervento legislativo. Si può parlare, ad esempio, di consenso biografico nei diritti di fine vita, in relazione al concetto di “pianificazione anticipata delle cure”, dove il libero sviluppo della personalità si costruisce in un rapporto nel tempo di cura tra medico e paziente, proprio perché la regola giuridica in sé non può risolvere il problema di cosa significhi essere pienamente liberi nel momento delle scelte, ma certamente può costruire l’insieme delle condizioni necessarie affinché il processo di decisione si svolga in modo tale da assicurare alla persona consapevolezza di ogni sua scelta.

A riguardo, la recentissima legge n. 219 del 22 dicembre 2017, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*<sup>50</sup>, dopo un difficile percorso e una lunga attesa per la sua approvazione, arriva a dare corpo ad una disciplina organica nel nostro ordinamento giuridico circa il consenso informato, il rifiuto e la rinuncia al proseguimento di trattamenti sanitari. L’art. 1 (“Consenso informato”) conferma il richiamo alle fondamenta costituzionali, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della nostra Costituzione e agli articoli 1, 2, e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, tracciando i contorni di un diritto all’autodeterminazione terapeutica che si interseca inevitabilmente con una pluralità di diritti fondamentali. Inoltre, gli artt. 4 e 5 sulle disposizioni anticipate di trattamento e la pianificazione condivisa delle cure definiscono la legittimità degli strumenti a tutela della propria libertà di scelta, quali pratiche ormai consolidate nella letteratura giuridica e nelle numerose esperienze internazionali sullo sfondo delle garanzie di tutela del diritto all’autodeterminazione. Oltre alla disposizione anticipata di trattamento, da redigere “in previsione di un eventuale futura incapacità di autodeterminarsi”, il paziente ha la possibilità di costruire la sua pianificazione anticipata delle cure quando già affetto da una patologia cronica e invalidante, “caratterizzata da una inarrestabile evoluzione con prognosi infausta”, all’interno di un processo dinamico e condiviso con il proprio team curante.

Il quadro che ne risulta è complesso e richiede di riflettere sul ruolo e sulle responsabilità del giurista all’interno dei sistemi giuridici contemporanei, poiché ragionando su vita e corpo si torna al rapporto circolare tra individuo e Stato, alle origini della moderna età dei diritti che nel patto sociale ebbe il suo principio: «Alla sovranità dello Stato, il soggetto vittorioso della rivoluzione francese, il borghese moderno, pose come limite la proprietà. Lo disse icasticamente, come si è ricordato, Portalis: “al cittadino appartiene la proprietà, al sovrano l’impero”. Nel complesso passaggio dal soggetto astratto alla persona costituzionalizzata, riconosciuta nella concretezza del vivere, che caratterizza la fase presente, si realizza un trasferimento di sovranità, testimoniato nella sua forma più radicale proprio dalle parole conclusive dell’art. 32 della Costituzione – “la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”. Il patto sociale viene così ‘rinegoziato’, la condizione di suddito viene revocata in dubbio quando si giunge al nucleo dell’esistenza»<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2018/1/16/18G00006/sg> (ultima consultazione il 17 gennaio 2018)

<sup>51</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 297.

## 6. Corpo, autodeterminazione e proprietà

Il discorso sul modello proprietario in relazione all'autonomia e all'autodeterminazione delle scelte sul governo di sé rappresenta un altro grande tema protagonista del dibattito contemporaneo, rispetto al quale alcuni degli scritti di Rodotà ne hanno preannunciato gli sviluppi contribuendo a fornire una lettura critica lungimirante ed equilibrata<sup>52</sup>.

Ne *La vita e le regole* si fa riferimento al corpo sotto le sue molteplici dimensioni, tra le quali vi è anche il corpo come oggetto sociale nella sua dimensione relazionale e si afferma che «un grado più intenso di socializzazione si ha quando l'attitudine distributiva del corpo si traduce in una sua esplicita destinazione sociale, nella messa a disposizione di altri di sue parti o suoi prodotti. È quel che accade, per esempio, quando lo spirito di solidarietà fa crescere la propensione a consentire la donazione di organi per i trapianti»<sup>53</sup>. Il tema della socializzazione qui è inerente alla disposizione del corpo, delle sue parti e dei suoi prodotti e l'autodeterminazione di sé chiama in causa, da questo versante, anche le logiche di profitto e di mercato, quindi il fenomeno della *commodification*, cui ci rinvia la realtà rispetto a situazioni di commercio di organi, gameti, gestazione a pagamento, e in generale a schemi che, nel contesto delle libertà di mercato, sono verosimilmente assimilabili al rapporto tra produttore e consumatore. Proprio l'affermarsi della compensazione economica conferma la gravitazione del corpo e della vita dalla loro esclusiva collocazione nella dimensione della *personalità* all'area della *proprietà*. Il rischio è che l'autodeterminazione, concetto non assoluto ma relativo ad una volontà della persona (che si autodetermina), sia fatta coincidere con l'autonomia, intesa quest'ultima come capacità di controllare e di influenzare significativamente i progetti e i piani di vita, e che pertanto venga interpretata come espressione della libertà assoluta e "incondizionata" di fare scelte sul governo di sé, fino ad includere la libertà di accettare logiche di sfruttamento<sup>54</sup>. In questo senso la conquista dell'autodeterminazione femminile negli anni Settanta, quando le donne rivendicavano la possibilità legale di accedere all'aborto su propria richiesta per autodeterminarsi dinanzi a situazioni in cui la gravidanza non era desiderata, non si è tradotta altresì in una condizione per tutte le donne di poter decidere "autonomamente" se e quando avere un figlio, rispetto all'azione esercitata dai condizionamenti sociali, politici e culturali. Il medesimo principio di autodeterminazione femminile, associato all'idea di autonomia, restituisce un quadro ancor più complesso e problematico quando viene esteso al caso della cosiddetta gestazione per altri: in tali circostanze infatti occorre domandarsi in che misura sia autodeterminata e autonoma la donna che si impegna a fare un figlio per cederlo ad altri, per quale

<sup>52</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., pp. 459-498. Sul tema si vedano inoltre: U. MATTEI, *Senza proprietà non c'è libertà. Falso*, Roma-Bari, 2014; L. FERRAJOLI, *Proprietà e libertà*, in AA.VV., *Proprietà*, in *Parole chiave*, 30, 2003, pp.13-29.

<sup>53</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., p. 95.

<sup>54</sup> Qui il riferimento è all'idea di autonomia in senso liberal/libertario e procedurale secondo cui la persona è autonoma in quanto soggetto morale dotato di capacità di autocoscienza, razionalità e deliberazione morale. Cfr. H.T. ENGELHARDT JR., *Manuale di bioetica*, Milano, 1999; J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, Milano, 1984; J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Self*, Vol. 3, New York, 1989.

ragione essa mette a disposizione il suo corpo laddove in molti casi ciò avviene attraverso un compenso o un “rimborso spese”<sup>55</sup>.

Rodotà sostiene che l’autodeterminazione vive in un contesto che la collega alla dignità e alla libertà, principi che hanno la funzione di sottrarre la persona ai condizionamenti provenienti, in prima istanza, dalla logica di mercato; non solo, la sua analisi invita anche a riflettere sull’immagine del corpo e della società dinanzi a possibili scenari futuri dove, ad esempio, funzioni rilevanti come la riproduzione umana potrebbero lasciare lo spazio ad una procreazione senza corpo. La fine del potere di generare nel caso dell’avvento dell’utero artificiale costringe a pensare al mutamento dell’antropologia stessa del genere umano e al ripensamento della relazione corpo-società<sup>56</sup>, dal momento che il corpo tocca la nostra persona in una delle sue dimensioni più pubbliche e condivise<sup>57</sup>.

L’idea è che la categoria proprietaria, come è stato già accennato, necessiti di essere ridiscussa all’insegna del controllo e del governo di sé nell’età dei nuovi diritti, a partire da una disapplicazione della nozione di proprietà utilizzata in ambito patrimoniale e da un ripensamento dell’idea di proprietà inscritta nella tradizione filosofico giuridica liberale<sup>58</sup>. Il corpo giuridificato, a seguito

<sup>55</sup> Cfr. L. CORRADI, *Nel ventre di un’altra. Una critica femminista delle tecnologie riproduttive*, Roma, 2017; D. DANNA, *Fare un figlio per altri è giusto. Falso*, Bari-Roma, 2017; M.L. SHANLEY, “Surrogate Mothering” and Women’s Freedom: A Critique of Contracts for Human Reproduction, *Signs*, 3, 1993, pp. 618-639. Le questioni del mercato e della concezione proprietaria delle parti del corpo cui ci si riferisce riguardano, in particolare, i contesti economico-sociali di povertà e di sfruttamento lavorativo, cui si associa anche il problema della compravendita degli organi, che rendono gli individui assoggettati a forme di controllo biopolitico impedendo loro di disporre “liberamente” del proprio corpo. Che tipo di autonomia è quella che invece di proteggere la sfera dell’integrità corporea da queste forme di vulnerabilità non fa altro che renderla vulnerabile al potere economico? Occorre tuttavia domandarsi anche che tipo di alternativa valida offrire per far fronte alla povertà oppure interrogarsi su come, ad esempio, rendere legittima la scelta di vendere organi o della maternità per altri a contratto. Cfr. L. ANDREWS, D. NELKIN, *Il mercato del corpo. Il commercio dei tessuti umani nell’era biotecnologica*, Milano, 2002; N. SCHEPER-HUGHES, *The Global Traffic in Human Organs*, in *Current Anthropology*, 41, 2001, pp.191–224.

<sup>56</sup> Su questo tema si rimanda a M. BALISTRERI, *Il futuro della riproduzione umana*, Roma, 2016.

<sup>57</sup> Le teorie contrattualiste e libertarie considerano l’individuo dotato di libertà di scelta e volontà e rischiano di confondere la libertà di scelta e la dignità umana con una nozione ristretta di libertà contrattuale. Inoltre il presupposto su cui si basano è che l’individuo possiede se stesso ed è unito agli altri da accordi contrattuali, ignorando la rete delle interdipendenze presenti nella vita sociale e relazionale umana. Il tema del dominio di sé rimanda ad un dibattito molto vasto nella letteratura giusfemminista, giusfilosofica e filosofico-politica. Si vedano in particolare: C. STRAEHLE (a cura di), *Vulnerability, Autonomy and Applied Ethics*, Routledge, New York- Londra, 2017; S. SHERWIN, *No Longer Patient. Feminist Ethics and Health Care*, Philadelphia, 1992; C. MACKENZIE, W. ROGERS & S. DODDS (a cura di), *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oup Usa, 2014; J. BUTLER, *Senses of the Subject*, New York, 2015; T. PITCH, *Libertà femminile e politica*, in G. FIUME (a cura di), *Donne, diritti, democrazia*, Roma, 2006, pp. 31-42; V. OTTONELLI, *Il corpo come soggetto di diritti*, in *il Mulino*, 4, 2017, pp. 547-555; V. HELD, *Non-contractual Society: A Feminist View*, in M. HANSEN, K. NIELSON (a cura di), *Science, Morality and Feminist Theory*, in *Canadian Journal of Philosophy*, 13, 1987, pp. 124-125.

<sup>58</sup> In particolare la concezione liberale della proprietà di Tony Honoré correlata alla nascita dell’individualismo possessivo: cfr. A. M. HONORÉ, *Ownership*, in A.G. GUEST, *Essays in Jurisprudence*, Oxford, 1961, pp. 107-147; C.B. MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, Oxford, 1962. Si vedano inoltre: *Property and Ownership*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponibile al

dell'evoluzione del sapere scientifico e tecnologico, pare essere sempre più "autonomo" dalla persona, ma anche sempre più problematico nella rideterminazione dei suoi poteri e delle tensioni ad autorappresentarsi pubblicamente<sup>59</sup>. Qui Rodotà offre spunti di riflessione e di analisi soprattutto in relazione ai diritti di accesso a quei beni primari necessari a garantire il godimento di diritti fondamentali, a individuare interessi collettivi e modalità di uso e gestione dei beni stessi, facendo emergere un retroterra non proprietario legato alla persona costituzionalizzata. Il tema dell'accesso a questi beni, insiste il giurista, avviene, o meglio deve avvenire, tramite una logica non proprietaria, ovvero una logica che tra proprietà pubblica e proprietà privata apre una terza via collegata a una nozione di accesso che non prevede necessariamente il titolo di proprietà dal momento che: «Accesso e proprietà si presentano come categorie autonome e, in diverse situazioni, potenzialmente o attualmente in conflitto. Si può accedere a un bene, e goderne delle utilità, senza assumere la qualità di proprietario. In questo senso, l'accesso costituzionalmente previsto ben può essere inteso come strumento che consente di soddisfare l'interesse dell'uso del bene indipendentemente dalla sua appropriazione esclusiva. [...] Usando la vecchia terminologia, si potrebbe dire che si passa da una proprietà 'esclusiva' a una 'inclusiva'. Più correttamente, questa situazione può essere descritta come riconoscimento della legittimità che al medesimo bene facciano capo soggetti e interessi diversi. Il discorso sull'esclusione viene tramutato così in quello sull'accessibilità»<sup>60</sup>. Questo modello partecipativo porta con sé una revisione delle categorie dei beni con il riemergere dei "beni comuni", nella concretezza dei bisogni collegati ai diritti fondamentali indispensabili per la loro soddisfazione. Questo ci porta a riflettere sul diritto fondamentale alla salute, poiché gli intrecci tra vita, beni comuni e salute sono palesi, si pensi al diritto di accesso ai farmaci che sfida le logiche proprietarie affidate in primo luogo ai brevetti.

Alla fine degli anni Ottanta già diverse sentenze delle Corti statunitensi avevano espresso un parere favorevole al rifiuto di una presunzione della proprietà sul corpo dinanzi a casi controversi, da cui emergeva la mancanza di un quadro di principi e norme coerenti in grado di governare con equilibrio gli interessi dei singoli e della società sul corpo e sulle sue parti. Accade con la nota sentenza *Moore v. Regents of the University of California* (1990), dove si nega il riconoscimento al soggetto della titolarità dei diritti di proprietà sul proprio corpo e sulle sue parti, nella fattispecie sulla sua milza contenente una linea cellulare particolarmente rara, mentre si concede il riconoscimento del brevetto a coloro che avevano derivato nuove invenzioni dallo studio delle linee cellulari generate dalla milza del signor Moore. La Corte suprema della California in questo caso non attribuisce a nessuno diritti di proprietà sul materiale biologico, ma non ritiene neppure di dover

lik <https://plato.stanford.edu/entries/property/>; F. SNARE, *The Concept of Property*, in *American Philosophical Quarterly*, 9, 1972.

<sup>59</sup> Cfr. V. MARZOCCO, *Dominium sui. Il corpo tra proprietà e personalità*, Napoli, 2012.

<sup>60</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, cit., pp. 462-463. Si vedano inoltre: J. RIFKIN, *L'era dell'accesso*, Milano, 2001; A. HYDE, *Bodies of Law*, Princeton N.J., 1997; R. ALTA CHARO, *Body of Research — Ownership and Use of Human Tissue*, in *New England Journal of Medicine*, 355, 2006, pp. 1517-1519; R. RAO, *Genes and Spleens: Property, Contract, or Privacy Rights in the Human Body?*, in *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 3, 2007, pp. 371-382; N. ROSE, *La politica della vita. Biomedicina, potere e soggettività nel XXI secolo*, Torino, 2008.

sanzionare uno sfruttamento economico che, di fatto, presuppone l’uso proprietario di quel materiale<sup>61</sup>.

Dunque, se è vero che in linea di principio gli ordinamenti giuridici escludono l’esistenza di un regime proprietario per parti del corpo umano, tuttavia laddove se ne consente la manipolazione o il riutilizzo di fatto si riconosce la legittimità del modello proprietario, come mostrano gli effetti che ne conseguono a livello di controversie giudiziarie.

Dalla fine degli anni Ottanta casi oramai divenuti paradigmatici mostrano, per certi versi, esiti incoerenti, riconducibili non solo al riconoscimento o meno dell’esistenza della nozione di proprietà accanto alle nozioni di libertà e autodeterminazione, ma anche all’ambiguità e non chiarezza dei criteri e parametri di giudizio adottati dinanzi ai rapporti tra queste nozioni, per cui si assegna al corpo uno stato giuridico di titolarità di diritti e simultaneamente gli si attribuisce lo status di oggetto di proprietà e di contratto. Ciò è accaduto non solo per il già considerato caso *Moore*, ma anche per altri casi più recenti, quali *Greenberg v. Miami Children’s Hospital* (2003) e *Washington University v. Catalona* (2005), dove è stata in parte affrontata anche la questione dello statuto giuridico dei campioni biologici impiegati ai fini di ricerca<sup>62</sup>. Ad ogni modo anche dai casi più recenti emerge una contraddizione di fondo: da un lato, vi è una tutela giuridica che fa capo a una dottrina molto estesa e diffusa circa la protezione accordata alla proprietà intellettuale del corpo e alle modalità di concessione dei brevetti sui geni o su linee cellulari da parte di scienziati, enti di ricerca, università o enti privati, dall’altro lato vi è una scarsità di tutele e garanzie per quel che concerne il corpo come “materiale grezzo” verso cui il soggetto rivendica forme di possibilità di ricavare guadagno.

Il contesto europeo non è esente dalle problematiche che conseguono se si fa derivare la qualificazione normativa delle categorie dei diritti individuali dal modello del diritto di proprietà e, a riguardo, si è trovato ad affrontare diverse controversie giudiziarie negli ultimi anni, ma con un atteggiamento molto più cauto verso il linguaggio proprietario rispetto a quello adottato in ambito statunitense. La Corte di Giustizia dell’UE ha espressamente riconosciuto che il diritto all’integrità umana include il diritto della persona di poter esprimere il proprio consenso libero e informato all’uso del suo materiale biologico e delle sue parti del corpo, in armonia con l’art. 3 della Carta europea dei diritti fondamentali; d’altra parte, però, ha respinto la rilevanza di questo diritto dinanzi alle questioni legate alla brevettabilità, vale a dire che questo diritto sarebbe mal posto se interpretato contro la direttiva europea sui brevetti biotecnologici (98/44/EC), in particolare per quel che riguarda l’attività di ricerca scientifica e l’uso di brevetti, rispetto ai quali le recenti vi-

<sup>61</sup> Cfr. M.C. TALLACCHINI, *Dalle biobanche al «Genetic social networks». Immaginare giuridici e regolazione di materiali biologici e informazioni*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2013, pp.157-182; M.C. TALLACCHINI, *Habeas Corpus? Il corpo umano tra non-commerciabilità e brevettabilità*, in *Bioetica*, 6, 1998, pp. 531-552; S. JASANOFF, *The Ethics of Invention. Technology and the Human Future*, New York, 2016; R. HARDCASTLE, *Law and Human Body. Property Rights, Ownership and Control*, Oxford, 2007.

<sup>62</sup> Cfr. United States District Court, Southern District of Florida, 29 maggio 2003, *Greenberg v. Miami Children’s Hospital Research Institute*; United States District Court, E.D. Missouri, Eastern Division, 31 marzo 2006, *Washington University v. Catalona*.

cende del caso *Oliver Brüstle v. Greenpeace* danno conto di una situazione normativa alquanto confusa e ambigua<sup>63</sup>.

## 7. Considerazioni conclusive

In conclusione, sullo sfondo di questa analisi, si può sostenere che l'opera di Rodotà rappresenti non solo la sistematizzazione della filosofia del corpo nell'era delle nuove tecnologie, ma ne decreti altresì l'ingresso nella filosofia del diritto e dei nuovi diritti nel passaggio dal XX al XXI secolo. In primo luogo ciò avviene all'insegna del costituzionalismo dei diritti della seconda metà del Novecento su cui si innesta un costituzionalismo incarnato e materiale, sensibile alle trasformazioni della società della conoscenza e delle innovazioni tecnologiche, vale a dire il *costituzionalismo dei bisogni*. Il cambiamento di paradigma si percepisce in particolare nel mutamento del soggetto di diritto che passa da una configurazione astratta e universale, quale è il soggetto dei diritti umani, ad un soggetto *situato* in uno specifico contesto, il soggetto dei nuovi diritti, via via riconosciuti sul piano interpretativo. Ne deriva una complessità strutturale che difficilmente può dar luogo ad un'armonica espansione della sfera di tutela persona, dinanzi al rischio che ciascun diritto possa essere compresso e limitato per far spazio ad un altro diritto, in quanto dal proliferare dei diritti non deriva automaticamente un più ampio grado di protezione delle persone. Ma il richiamo costante del giurista alla centralità dei diritti fondamentali e della costituzionalizzazione della persona rappresenta uno dei tratti principali caratterizzanti la figura del custode di questo costituzionalismo materiale, che ha il difficile compito di vigilare sull'attuazione di un modello di legge "mite" e "aperta" al fine di ridurre il conflitto tra diritti, garantire effettività di certi diritti violati o non tutelati in sede giurisdizionale, riequilibrare il rapporto tra diritti e mercato in un contesto di rapide trasformazioni tecno-scientifiche e di pluralismo etico.

<sup>63</sup>Con la sentenza Brüstle (2011) la Corte di Giustizia ha affrontato una delicata questione interpretativa della direttiva n. 98/44/CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche. Il giudice comunitario in questo caso ha esaminato in appello la domanda proposta dalla Greenpeace eV, una associazione senza scopo di lucro, per l'annullamento del brevetto tedesco già detenuto dal Sig. Brüstle. La Corte in un primo momento rigetta il brevetto sulla base del fatto che questo aveva ad oggetto il trattamento di cellule staminali embrionali, il cui prelievo su un embrione umano nello stadio di blastocisti comporta la distruzione dell'embrione. In questo caso, infatti, vi sarebbe una utilizzazione di embrioni umani vietata dall'art. 6, comma 2, lett. c), della dir. n. 98/44/CE. Il 18 dicembre 2014 la Corte di giustizia dell'Unione europea torna a pronunciarsi sulla questione relativa alla definizione di "embrione umano". Tuttavia, se nella sentenza Brüstle del 2011 si definisce come "embrione umano" anche un ovulo umano che è stato indotto a dividersi e a svilupparsi attraverso partenogenesi, nel 2014 la Corte rileva che un partenote umano, allo stato attuale delle conoscenze, non è in grado di dare inizio al processo di sviluppo che conduce alla formazione di un essere umano. Pertanto, nel caso di partenote umano puro, spetterà al giudice nazionale verificare se questo abbia o meno la capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano. In conclusione, la Corte di giustizia dichiara qualcosa di diverso rispetto al 2011, a testimonianza della difficoltà di trattare una materia così sfuggente e complessa, e conclude che l'art. 6, par. 2, lett. c) della direttiva 98/44/CE deve essere interpretato nel senso di escludere dal concetto di "embrione umano" l'ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi qualora, alla luce delle attuali conoscenze scientifiche, esso sia privo, in quanto tale, della capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano, circostanza poi che spetterà al giudice nazionale stabilire.

In secondo luogo, si richiede un deciso superamento della logica proprietaria. Il complesso rapporto tra persona, corpo e beni non è riducibile né alla proprietà privata alla proprietà pubblica: la questione, invece, è quella dell’accesso ai beni fondamentali come diritto della persona. Nel contesto delle società liberal-democratiche contemporanee il punto problematico concerne il rapporto tra personalità e proprietà. Si potrebbe anche dire che si tratta di ricomprendere l’idea liberista di proprietà all’interno dello Stato sociale per valutare se e come sia possibile giustificare la legittimità (morale e giuridica) di pratiche quali l’eutanasia, la libertà di riproduzione, la gestazione per altri, gli interventi di manipolazione del genoma umano, la commercializzazione dei materiali biologici, il mercato degli organi. Ciò nel momento in cui è evidente che il modello proprietario esteso al diritto all’autodeterminazione e al governo di sé, a condizione di non recar danno agli altri, non è così pacifico in quanto la dimensione del danno ad altri come limite alla “proprietà di sé” non è sufficiente a giustificare azioni e condotte moralmente e giuridicamente discutibili che hanno a che fare con la monetizzazione del corpo e delle sue parti<sup>64</sup>.

In ultimo, sulla scia del timore che si arrivi ad un punto di non ritorno, in cui l’impiego del corpo diventi anche la sua alienazione e il soggetto si trasformi, o accetti di trasformarsi, in mero oggetto, Rodotà fa riferimento ad un ulteriore principio, quello di *solidarietà*, che dovrebbe giocare la sua parte implicando la costruzione di un articolato sistema di legami sociali che includono anche l’idea di cittadinanza biologica, sociale ed economica. In questa prospettiva la solidarietà non può essere identificata esclusivamente con il dono e la gratuità, perché questi ultimi due principi hanno una forza normativa circoscritta, invece il principio di solidarietà coprirebbe aree ampie che si estendono anche alle relazioni con il mercato e con la proprietà: «[...] nello spazio globale la solidarietà rientra tra i principi generali del diritto per rappresentare un criterio sovraordinato rispetto all’interesse economico: anche se oggi la costruzione di un costituzionalismo globale incontra sempre più forti resistenze da parte di chi continua a sostenere la tesi dell’imperialismo dei diritti umani, ma il rimettere al centro l’attenzione verso il principio di solidarietà non appartiene a una pretesa ideologica, ma è una via obbligata se si vuole costruire l’ordine costituzionale europeo»<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Su questo dibattito: R. NOZICK, *Anarchia, stato, utopia*, Milano, 2008; S. BUCKLE, *Property, Rights and Freedom*, in *Social Philosophy & Policy*, 11, 1994, pp. 209-240; J. NARVESON, *Property and Rights*, in *Social Philosophy & Policy*, 27, 2010, pp.101-134; R.J. ARNESON, *Self-Ownership and World Ownership: Against Left-Libertarianism*, in *Social Philosophy & Policy*, 27, 2010, pp. 168-194; G.A. COHEN, *Self-Ownership, Freedom, and Equality*, Cambridge, 1995.

<sup>65</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Solidarietà, un’utopia necessaria*, Bari-Roma, 2014, pp. 106-107.