

Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà

*Mariassunta Piccinni**

BIOLAW BETWEEN RULES AND PRINCIPLES. A CRITICAL OVERVIEW ON LAW NR 219 OF 2018. A DIALOGUE WITH STEFANO RODOTÀ

ABSTRACT: The paper aims to continue a dialogue with Stefano Rodotà on the role and desirable features of Law, and in particular of Private Law, with regard to the open issues in Bioethics. The main legacy of Stefano Rodotà is assessed with special regard to: a) the need for a “Constitutional Civil Law”, viewed in a unitary system centered on the Person; b) the need for a continuous tension between life and rules, which imposes a constant concretization of a “new habeas corpus”, based on the indivisibility of the principles of freedom, equality and solidarity, revisited in the light of dignity; c) the characteristics and consequences of a “flexible” and “demanding” Law. The recent Law n. 219/2017 on informed consent and advance directives is evaluated in this perspective.

KEYWORDS: Biolaw and private law; Law n. 219/2017; Informed consent; Care planning; Advance directives

SOMMARIO: 1. Il biodiritto entro ed oltre il diritto privato. – 2. Quale diritto per la bioetica? – 3. Prime valutazioni «critiche» della l. n. 219/2017.

1. Il biodiritto entro ed oltre il diritto privato

Stefano Rodotà, parafrasando Toulmin, ha più volte suggerito che «come la medicina ha salvato la vita dell’etica», così «si potrebbe sostenere che il diritto privato è stato salvato dalla tecnologia»¹. Una provocazione «scherzosa» che però contiene «un fondo di verità»,

* *Ricercatrice di diritto privato, Dipartimento di Scienze politiche, giuridiche e studi internazionali, Università degli Studi di Padova. Mail: mariassunta.piccinni@unipd.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

¹ Il saggio richiamato di S. Toulmin è *How Medicine Saved the Life of Ethics*, in *Perspectives in Biology and Medicine*, vol. 25, n. 4, 1982, 736 ss. V., ad esempio, S. RODOTÀ, *Lo specchio di Stendhal. Riflessioni sulle riflessioni dei civilisti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 1997, 5 ss. Il contributo si trova ora anche nella raccolta G. ALPA e M.R. MARELLA (a cura di), *Critica del diritto privato. Editoriali e saggi della Rivista Critica del Diritto Privato*, Napoli, 2017, 213 ss. (si farà riferimento d’ora innanzi a quest’ultimo testo come *Raccolta*). L’Autore affida al privatista una responsabilità “epocale”, in quanto nelle sue mani si è da tempo «spezzato lo specchio che aveva affascinato Stendhal» (*ivi*, 7): il codice civile non è più, infatti, una presa diretta sulla realtà. Dallo specchio spezzato emergono una molteplicità di immagini e la sfida è quella di ricomporlo in modo unitario e rivendicando un ruolo forte e non subalterno rispetto a logiche esterne (siano quelle del mercato, della tecnologia

sempre a detta dell'autore stesso². Il rischio di espropriazione tecnologica del diritto ha, infatti, determinato il ritorno ad una «riflessione intensa sulla persona e i suoi diritti, spinti verso nuove frontiere, con l'elaborazione di nuove categorie». Nella necessaria e difficile conseguente interazione tra «regolazione e spontaneità risorge l'antica virtù del diritto privato, quella di offrire, all'interno di un campo giuridico ben definito, spazio grande alle scelte ed all'autonomia individuale»³. Ed, in effetti, la qualificazione di diritti soggettivi, spesso aggettivati come “fondamentali”, a interessi collegati alla persona ed alla sua corporeità in senso lato, cui il progresso tecnico e scientifico attribuisce nuove dimensioni, individuali e relazionali, permette di concentrare l'attenzione sull'«attribuzione all'interessato di un potere individuale di decisione». Si concretizza, così, «sul terreno giuridico [un] ampliamento delle possibilità di scelta da parte del singolo»⁴.

Dal riconoscimento giuridico di tali poteri nascono, certo, nuove responsabilità, individuali e sociali, ed emerge immediato anche il problema del limite dell'intervento pubblico e del potere privato⁵. La prospettiva privatistica rende, però, naturale l'angolo visuale, sempre onestamente dichiarato da Rodotà, il quale si muove «lungo una linea che, partendo dal rispetto della libertà di scelta e di decisione di ciascuno, verifica caso per caso le situazioni in cui il diritto di scelta deve essere temperato con interessi altrui o incontra un limite assoluto in altri diritti o principi fondamentali del sistema giuridico»⁶.

Il biodiritto può, in questo senso, considerarsi come una delle occasioni di rivitalizzazione del diritto, ed in particolare del diritto privato⁷.

In uno scritto che ambisce a continuare un dialogo con uno dei Maestri del diritto civile credo sia importante accennare in via preliminare ad almeno due meriti “storici” di Rodotà entro ed oltre il diritto civile.

Anzitutto, Rodotà può essere annoverato tra gli appassionati protagonisti di quella spinta propulsiva nel *rinnovamento culturale degli studi privatistici*, che ha portato a rivendicare una riacquistata centralità del diritto privato, non in funzione “corporativa”, ma nell'ineludibile solco della (risco-
perta) unitarietà del pensiero giuridico⁸.

o della biologia, ad esempio), prendendo atto della mutata prospettiva costituzionale e sociale ed, in particolare, dell'irrompere della «logica di diritti fondamentali» (ivi, 17) anche nel territorio privatistico, nella ricerca di un nuovo equilibrio tra «individualismo e società» (ivi, 18).

² S. RODOTÀ, *Quarant'anni dopo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2, 2009, 177, ora in *Raccolta*, cit., 337 ss.

³ S. RODOTÀ, *Lo specchio di Stendhal. Riflessioni sulle riflessioni dei civilisti*, cit., 5 s.

⁴ S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 151 ss. (per le citazioni nel testo: 152).

⁵ V., ad esempio, ancora S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., spec. 171 ss., e già S. RODOTÀ, *Introduzione*, in *Questioni di bioetica*, Roma-Bari, 1993, spec. X ss. Tra i suoi scritti più recenti, spec. *Dal soggetto alla persona*, Napoli, *passim* e spec. 26 ss. e *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ e M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, I, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, 2010, 169 ss.

⁶ S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., 153 (e v. anche *ivi*, spec. 171 ss. per alcune riflessioni sul rapporto tra le nuove questioni poste dall'evoluzione della tecnoscienza e dei costumi ed i tradizionali problemi del diritto privato, legati ai difficili intrecci «tra libertà di scelta e limiti del consenso»).

⁷ V. *ex multis* S. RODOTÀ, *Editoriale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 5 (ora in *Raccolta*, cit., 11 ss., con il titolo *Aspettando un codice?*) e più approfonditamente S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus*, cit., 169 ss.

⁸ La sua nota prolusione maceratese S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche per una riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, 83 ss., pone, infatti, alcune indicazioni metodologiche, e ancor prima proprio l'urgenza di

Rodotà parte da un approccio giusrealistico, ma avverte la necessità, fin dai primi scritti degli anni sessanta, di ancorare il diritto alla realtà in modo «forte»/«costituzionale»⁹.

Così, l'invito rivolto al «giurista positivo e riformista» è a riconoscere il modo di essere dialettico del diritto nei confronti della storia, nel senso di «vedere esso stesso come un fatto concreto, in cui la storia s'incarna, diventa realtà vissuta di uomini e di esperienze». La storia non è dunque intesa «soltanto» come «riflessione sui fatti passati, ma è già *giudizio* sul presente e *previsione* del futuro, intesi come le dimensioni temporali in cui il regolamento giuridico è destinato ad operare»¹⁰.

Il richiamo è all'impegno riformatore del giurista e ad una nuova tecnica legislativa¹¹, basata su principi e clausole generali. All'uso sapiente di questi strumenti si affida la possibilità di una recuperata «certezza del diritto»¹². La tecnica legislativa proposta, infatti, non fa appello alla «coscienza individuale dei giudici» – o, in generale, dell'interprete – ma dovrebbe funzionare nel senso di «espansione dei principi costituzionali, che costituiscono il filtro attraverso il quale le esigenze della società possono penetrare nell'ordine giuridico». I principi, dunque, sono da rinvenire entro l'ordinamento¹³, mentre le clausole generali permettono il raccordo con i *mutevoli* interessi emergenti in società in perenne trasformazione come la nostra¹⁴.

costruire un nuovo metodo per l'indagine giuridica, ed in particolare per gli studi privatistici. L'Autore stava già lavorando, allora, sulla «triade realistica» (così S. RODOTÀ, *Lo specchio di Stendhal*, cit., 16) della proprietà (v. in particolare il saggio *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, 1252 ss., cui si aggiungeranno altri studi poi confluiti nella raccolta *Il terribile diritto*, la cui prima edizione de Il Mulino, risale al 1981), della responsabilità civile (*Il problema della responsabilità civile*, edito da Giuffrè, uscì nel 1964) e del contratto (la prima edizione definitiva de *Le fonti di integrazione del contratto* uscirà nel 1969, sempre con Giuffrè). Il percorso scientifico rimane coerente anche quando Stefano Rodotà si addentra nei nuovi confini raggiunti dal diritto privato lungo la strada dei diritti tracciata dalla «costituzionalizzazione della persona»: dal «nuovo» diritto delle persone e della famiglia che si è riconfigurato a partire dalle riforme degli anni settanta fino ai nostri giorni, ai territori della «privacy» e del «governo del proprio corpo» resi quasi irriconoscibili, rispetto ai referenti della tradizione, dall'evoluzione tecno-scientifica (v. sul punto G. ALPA, *Il libro e il messaggio*, *Presentazione alla Raccolta*, cit., XXIII ss.).

⁹ V., ad esempio, S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche*, cit., 83 ss. e negli anni novanta, il saggio *Un metodo tra i metodi?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 273 ss., dove, in dialogo con Luigi Mengoni, interviene sulla necessaria integrazione tra «problema» e «sistema».

¹⁰ V. ancora Rodotà nella appena richiamata prolusione maceratese (*Ideologie e tecniche*, cit., 89, corsivi aggiunti).

¹¹ Se non si erra questo è il senso del finale appello della prolusione maceratese alla ricongiunzione tra «ideologia e tecnica» attraverso cui si auspica avvenga la reintegrazione del diritto «nella cultura del suo tempo» (*ivi*, 99).

¹² Sulle diverse dimensioni della certezza del diritto come *problema* v. per tutti G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006.

¹³ V. già chiaramente S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche*, cit., 95 ss.

¹⁴ S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche*, cit., spec. 91 e 94 s. La «mutevolezza» è intesa sia in un senso *sincronico*, nella cui dimensione il diritto deve fare i conti con il pluralismo sociale e l'impossibilità di definire una scala assiologica stabile, sia in senso *diacronico*, ove il diritto, ed in particolare, i testi normativi, devono confrontarsi con l'imprevedibilità dell'evoluzione degli interessi sociali. In un siffatto contesto l'utilizzo della tecnica per clausole generali si traduce anche in una redistribuzione di «competenze normative (...)» tra il legislatore e il soggetto chiamato a concretizzare la disciplina» (v. S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 4, 1987, 728, ora anche in *Raccolta*, cit., 131 ss.) e si risolve, dunque, in quella «*acceptation*» da parte del legislatore «*d'un avenir changeant*» evocata da Carbonnier (v. S. RODOTÀ, *Le notions à contenu variable dans le droit français de la famille*, in C. PERELMAN, R. VANDER ELST (a cura di) *Le notions à contenu variable*



Il ruolo dell'interprete, dunque, non è creativo, ma non consiste neppure nella mera «registrazione» dei dati, sia che si intenda l'operazione in termini positivisti che in termini giusrealistici. È semmai «inventivo», o, in altre parole, teso alla «costruzione» o «ricostruzione» dell'ordinamento¹⁵. Nel ricordare l'interrogativo di Piero Gobetti, «perché il sistema, se crediamo solo più al problema?»¹⁶, Rodotà riflette su come ormai la questione non sia più quella di osservare un preteso inarrestabile pendolo del pensiero giuridico tra problema e sistema. Sembra, invece, all'Autore più proficuo un diverso modo di guardare alla necessaria dialettica tra le due prospettive, che salvi sia dal pericolo dell'«ingabbiatura» della vita reale nel formalismo dogmatico, sia dal rischio di una «resa» del diritto alla realtà. Ne consegue il recupero di una funzione «forte» del diritto e di una dimensione «faticosa» della ricerca¹⁷. La costruzione giuridica, invero, parte dai problemi, ma anela al sistema. Un sistema inteso, però, non come «pretesa di ridurre tutto ad un'unica, indiscutibile cifra», ma come «un insieme di oggetti straordinariamente mobili, non necessariamente coerenti, attraversati e arricchiti da conflitti, perennemente alla ricerca di equilibri mai dati una volta per tutti»¹⁸.

Con riferimento più specifico al biodiritto, l'influenza di Rodotà trova un riscontro nell'*apertura degli studi privatistici alle "questioni bioetiche" poste dall'evoluzione tecnoscientifica*.

Il riscontro è anche formale, come emerge dalla ridefinizione del settore del "diritto privato", avvenuta alla fine degli anni novanta, con l'inclusione testuale del biodiritto, accanto alle più tradizionali materie, operata con il D.M. 4 ottobre 2000¹⁹. Richiamo questa normativa non certo per rivendicare

en droit, Bruxelles, 1984, 104, e le riflessioni di Rodotà sulle diverse dimensioni di questa sorta di distribuzione di «competenza sul futuro», in *Il tempo delle clausole generali*, cit., 713 ss.). V., in proposito, anche S. RODOTÀ, *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, in L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998, 39 ss. e, più di recente, S. RODOTÀ, *Le clausole generali al tempo del diritto flessibile*, in A. ORESTANO (a cura di), *Lezioni sul contratto*, a cura di, Torino, 2009, 98 ss.

¹⁵ Per il significato qui accolto v. da ultimo P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari-Roma, 2015 e P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017. Significato che mi pare avvicinarsi alla continuamente richiamata differenza da parte di Rodotà tra «registrazione» (mera) di «un ordine integralmente dato» e «costruzione» dell'ordinamento, attraverso criteri di selezione e valutazione della realtà (anche) normativa, alla luce dei principi direttivi individuati nella Costituzione, intesa come *locus* in cui si rinvencono i «principi costitutivi dell'ordinamento»; questi ultimi considerati al contempo come «vincoli fondamentali» (le citazioni sono riprese da S. RODOTÀ, *Un metodo tra i metodi?*, cit., 273 ss., corsivi aggiunti; ma v. già, a titolo meramente esemplificativo, S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche*, cit., spec. 95 ss.; ed S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992, ove l'Autore, dopo aver rivendicato fin dalle prime pagine un impegnativo «ritorno del diritto» (*ivi*, 11 ss.), si cimenta in una complessa opera ricostruttiva (questo il senso del «repertorio di fine secolo»).

¹⁶ P. GOBETTI, *La rivoluzione liberale*, III ed., Torino, 1924, 3.

¹⁷ La dimensione della «fatica» rispetto all'impegnativo compito del giurista è una costante nel pensiero di Rodotà. Per quella che mi sembra possa collocarsi a metà tra una confessione ed una rivendicazione, v. ad esempio S. RODOTÀ, *Quarant'anni dopo*, cit., 172.

¹⁸ S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, cit., 3 ss. e 6.

¹⁹ Cfr. Ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica, D.M. 4 ottobre 2000 (*Settori scientifico-disciplinari*), Allegato B (*Declaratorie descrizione dei contenuti scientifico-disciplinari dei settori di cui all'art. 1 del d.m. 23 dicembre 1999*), a proposito del settore IUS/01: «Il settore comprende gli studi relativi al sistema del diritto privato quale emerge dalla normativa del codice civile e dalle leggi ad esso complementari. Gli studi attengono, altresì, al diritto civile, ai diritti delle persone, della famiglia, al diritto dell'informatica e al biodiritto». La definizione è stata poi aggiornata con D.M. 18 marzo 2005 (*Modificazioni agli allegati B e*

un'appropriazione "disciplinare", esclusiva da parte del diritto privato²⁰. Seguendo un tratto tipico del pensiero di Rodotà, infatti, mi pare si possa guardare all'operazione "politico-accademica" re-trostante in una logica più "inclusiva". L'apertura al biodiritto, nell'opera di riassetamento dei confini, da parte di una delle più tradizionali discipline positive – il diritto privato – può essere, in questo senso, vista come finalizzata a riconoscere "dignità" lato sensu giuridica all'oggetto²¹ della disciplina del c.d. biodiritto. Dunque, un segnale di apertura del sistema giuridico a confini condivisi con altre discipline, giuridiche e non.

In proposito è ancora una volta illuminante la riflessione di Rodotà quanto all'impatto della tecnologia sul diritto. Le conseguenti domande che la società affida al diritto non richiedono, per l'Autore, solo un allargamento dei confini, ma una ridefinizione impegnativa dello stesso ambito della ricerca²². In un Editoriale del 1998, che in una recente raccolta si è intitolato «*Aspettando un codice?*», ad esempio, subito dopo l'affermazione che sono le nuove antropologie connesse all'innovazione scientifica e tecnologica a portare alla ribalta il codice civile (e dunque il diritto privato)²³,

Dal D.M. 4 ottobre 2000, concernente rideterminazione e aggiornamento dei settori scientifico-disciplinari e definizione delle relative declaratorie, con l'introduzione tra il «diritto dell'informatica» ed il «biodiritto» dei «profili privatistici del diritto dell'informazione e della comunicazione». Sembra più consapevolmente orientato alla dimensione interdisciplinare l'aggiornamento che si è avuto in altri settori, rispetto all'emergere della dimensione bioetica: il settore MED/43, che corrisponde a Medicina legale, vi ricomprende ad esempio la «bioetica clinica». Ancor più significativa l'evoluzione della definizione del settore IUS/20 per la Filosofia del diritto, ove si è passati dalla definizione del 2000 («Il settore comprende gli studi relativi alla dimensione ontologica, assiologica, deontologica ed epistemologica del diritto. Gli studi si riferiscono, altresì, alla teoria generale del diritto e dello Stato, nonché alla sociologia giuridica, ai *profili giuridici della bioetica* ed all'informatica giuridica»), a quella del 2005 in cui si precisa meglio che gli studi includono i «*profili filosofico-giuridici della sociologia giuridica, della bioetica, dell'informatica giuridica e della retorica*».

²⁰ Rinvio anzi alle riflessioni critiche di Giovanni Pascuzzi sul problematico rapporto tra esigenze di classificazione della conoscenza nell'ambito di «settori scientifico-disciplinari» e «progresso della conoscenza» legato alla evoluzione dell'organizzazione dell'Università italiana (v. G. PASCUZZI, *Una storia italiana: i settori scientifico-disciplinari*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2012, fasc.1, 91 ss.).

²¹ Nell'ottica di Rodotà l'oggetto è la "vita" stessa, in particolare nella sua dimensione corporea. Di fronte all'emergere della materialità del corpo si intensifica la necessità di recuperarne una dimensione normativa "forte". Il corpo, materiale e smaterializzato nella sua "integrità", così come nelle sue parti, informazioni, proiezioni, va, infatti, continuamente (ri)collegato alla persona, implicando un costante intreccio tra dimensione individuale e sociale, tra biodiritto, bioetica e biopolitica. V., ad esempio, con chiarezza S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI, *Introduzione*, in *Ambito e fonti del biodiritto*, cit., XLIII ss.

²² Già S. RODOTÀ, *Editoriale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 1983, 7 s. (ora in *Raccolta*, cit., 3 ss., con il titolo *Le difficili vie della ricerca civilistica*) e, successivamente, ad esempio, S. RODOTÀ, *Editoriale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 2010, 5 s. (ora in *Raccolta*, cit., 28 ss., con il titolo *La dimensione internazionale della "privacy"*).

²³ S. RODOTÀ, *Editoriale*, *Aspettando un codice*, cit., 5: «non tanto gli spiriti liberal-privatistici, quanto piuttosto le nuove antropologie imposte dall'innovazione scientifica e tecnologica hanno di nuovo portato il codice civile alla ribalta del sistema giuridico, perché sono in discussione e in via di ridefinizione le categorie fondative dell'individuo e della costruzione della personalità».

Rodotà sprona verso un nuovo processo di costituzionalizzazione, che dovrà avvenire anche in dimensione sovranazionale²⁴. E così, in un Editoriale di una decina di anni dopo, questa volta presentato come «*È tempo di un nuovo costituzionalismo*»²⁵, dopo avere registrato come sia probabilmente giunta l'ora di «un nuovo costituzionalismo dei privatisti», precisa (e la precisazione era sentita dall'Autore ancora necessaria per la sua comunità di appartenenza) che non si tratta di «un ossimoro», ma che ci si riferisce alla necessità di «un diverso, e indispensabile, modo di guardare e costruire l'ordine giuridico»²⁶. Una tale necessità è immediatamente collegata alla «costituzionalizzazione della persona». È il primato della persona a richiedere un intreccio tra le esigenze di una ineludibile protezione *pubblica* del corpo, necessariamente «inviolabile» e limitatamente «disponibile» (in particolare, nel senso che deve essere sottratto alla logica del mercato), e la necessità di mantenere uno spazio di *indecidibilità, privato* (nel senso di totalmente riservato al suo titolare). Rodotà individua il fulcro di questo intreccio nella «nuova dichiarazione di *habeas corpus*», che i nostri costituenti avrebbero affidato proprio all'art. 32 Cost.²⁷.

La testimonianza forse più imponente di questo ampio disegno culturale è affidata al Trattato di Biodiritto, diretto con Paolo Zatti. Opera trattatistica pensata come «visione di insieme» su un «universo di problemi»²⁸, frutto non solo di una interdisciplinarietà *nella* prospettiva giuridica, ma del contemporaneo situarsi ai confini della stessa, nel «dialogo vero» con altre «discipline», oltre che «con la società e con la politica»²⁹.

Nell'Introduzione al primo volume³⁰, curato dall'Autore insieme a Mariachiara Tallacchini ed intitolato «*Ambito e fonti del biodiritto*» il pensiero di Rodotà è chiarissimo: «[l]o sforzo di far corrispondere alla parola "biodiritto" una specifica disciplina giuridica» produce «distorsioni che offuscano la comprensione e l'analisi dei temi complessi ai quali con quel termine si fa riferimento». Ma se si riconosce che il biodiritto «individua piuttosto un campo di problemi legati alla vita e alle sue vicende» e comporta «una trasformazione dell'oggetto stesso dell'attività giuridica, la vita», e «forse

²⁴ Nel 1998 era in corso il processo di consolidamento della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, cui Rodotà partecipò da protagonista. Processo che si sarebbe poi concluso, quanto ai contenuti, nel 2000 e consolidato, con qualche piccolo ritocco linguistico e soprattutto con l'equiparazione della Carta ai Trattati istitutivi dell'UE, nel 2006.

²⁵ S. RODOTÀ, *Editoriale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 2007, 3 ss. (ora in *Raccolta*, cit., 15 ss., con il titolo *È tempo di un nuovo costituzionalismo*).

²⁶ Così, nell'*Editoriale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 2009, 4 (ora in *Raccolta*, cit., 23 ss., con il titolo *Consenso informato e principio di autodeterminazione*), Rodotà preciserà che quell'invito si riferiva alla necessità di prendere atto che «[d]opo l'emigrazione nelle lunghe costituzioni dei principi base della materia civilistica, siamo oggi alle prese con una sorta di riappropriazione da parte del diritto civile, come luogo d'elezione per il concretizzarsi di significative dinamiche costituzionali e come rinnovato terreno di confronto per saggiare la consistenza della distinzione tra pubblico e privato, riemessa con forti connotazioni ideologiche proprio nella fase più recente».

²⁷ V. sul punto *infra*, par. 2, lett. a), e, per i principali riferimenti bibliografici in proposito, gli scritti e gli autori richiamati *infra*, alle nt. 44 e 50.

²⁸ V. P. ZATTI, *Presentazione*, al *Trattato di biodiritto*, cit., 1, *Ambito e fonti del biodiritto*, cit., XI ss. Il Trattato è costituito da 6 volumi, editi tra il 2010 ed il 2012 da Giuffrè.

²⁹ Per riprendere le parole di S. RODOTÀ, *Quarant'anni dopo*, cit., 172, richiamate anche da G. ALPA, *Il libro e il messaggio*, cit., XXII.

³⁰ S. RODOTÀ e M. TALLACCHINI, *op. cit.*, XLIII ss.

addirittura (...) un salto antropologico» (*ivi*, XLIII), si arriva al cuore del problema, alla necessaria correlazione con la bioetica e la biopolitica. Il «nucleo» può essere così sintetizzato: cosa è opportuno o doveroso che sia normato (e in che misura) e cosa è opportuno o doveroso che rimanga “indecidibile”, non solo in funzione protettiva, ma in funzione promozionale della libera costruzione della personalità di ciascuno³¹.

Il «“proprio” del biodiritto», dunque, apre ad un ampio quadro di principi: «inviolabilità della persona e conseguente divieto di farla entrare nel mondo delle merci»; libertà ed eguaglianza, illuminate da una dignità a queste indissolubilmente legata, con il diritto all'autodeterminazione sulla propria persona come punto di sintesi. Si tratta di principi «che non sono propri di una disciplina nuova o attributo esclusivo di una delle partizioni accademiche tradizionali, diritto civile o diritto costituzionale o diritto penale» (*ivi*, XLVII). Per la loro portata “valoriale” richiedono però che l'«intero sistema giuridico» sia «riletto muovendo da questi riferimenti, che portano verso una *doppia interdisciplinarietà*» (*ivi*, XLVIII): interna all'area del giuridico ed esterna. Il biodiritto, insomma, è inteso come «crocevia» che costringe all'incontro tra più prospettive, saperi, expertise.

3. Quale diritto per la bioetica?

A partire da questa domanda, sinteticamente posta da Paolo Zatti sin dagli anni novanta³², può essere utile sottolineare alcune indicazioni che dall'insegnamento di Rodotà giungono al giurista,

³¹ V. S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., spec. 16 ss., per una riflessione sulle più generali possibilità di interazione tra il modello dei diritti fondamentali (impennato sulla categoria della «indecidibilità») ed il modello del diritto alla libera costruzione della personalità (impennato sulla categoria dell'«autonomia presidiata»).

³² V. il par. 8 del saggio di P. ZATTI, *Dal consenso alla regola: il giurista in bioetica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, 523 ss. Saggio che si inserisce in un dialogo iniziato in quegli anni tra i due autori sullo statuto giuridico del proprio corpo e sul rapporto tra consenso sociale e regola. V., in particolare, di S. RODOTÀ: *Ipotesi sul corpo «giuridificato»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, 467 ss. (ora anche in *Raccolta*, cit., 189 ss.) e, per le riflessioni più strettamente legate alle nuove declinazioni della *privacy* rispetto alla circolazione e condivisione dei dati personali: *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 583 ss. (ora anche in *Raccolta*, cit., 227 ss.); il volume da lui curato *Questioni di bioetica*, cit., del 1993 ed il suo *Repertorio di fine secolo*, pure cit., del 1992, ed *ivi*, in particolare, i saggi *Regole, valori, conflitti*, 150 ss., e *Le frontiere della vita*, 210 ss.; di P. ZATTI, oltre al saggio appena richiamato, anche *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 43 ss. (ora anche in *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, 5 ss.) nonché la voce (con U. NANNINI) «Gravidanza (interruzione)», nel *Digesto IV ed.*, *Disc. priv.*, sez. civ., IX, Torino, 1993, ed *I dilemmi della nascita*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998, 897 ss. (ora anche in *Maschere del diritto volti della vita*, cit., 179 ss.). Può essere utile richiamare anche gli scritti di M. TALLACCHINI, *Habeas corpus? Il corpo umano tra non commerciabilità e brevettabilità*, in *Bioetica*, 1998, 531 ss. e *Il corpo e le sue parti. L'allocazione giuridica dei materiali biologici umani*, in *Medicina e morale*, 1998, 499 ss., nonché i due volumi curati in quegli anni da C.M. MAZZONI: *Un quadro europeo per la bioetica?*, Firenze, 1998 e *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998, per dare conto del più complessivo dibattito dell'epoca. Il dialogo, proseguito nei decenni successivi (se ne trova testimonianza, in particolare, in S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., pubblicata da Feltrinelli nel 2006, e nella pure già richiamata raccolta di scritti di P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, edita nella Collana Derive da Giuffrè, nel 2009; v., inoltre, nella stessa collana, C.M. MAZZONI (a cura di), *Per uno statuto del corpo*, Milano, 2008), si fa davvero corale nel richiamato Trattato di Biodiritto.

ed in particolare al privatista, che si addentri nel territorio della bioetica in una prospettiva «critica»³³ volta alla «ricostruzione» di un «sistema» organizzato «intorno a regole di compatibilità più che di supremazia» rispetto ai diversi valori e modelli che emergono dalla società plurale³⁴. Un itinerario che diviene fecondo proprio nell'andare al di là degli apparenti ossimori sotto richiamati, nel tentativo di una loro ricomposizione dialettica entro un sistema «centrato» sulla «costituzionalizzazione della persona».

a) *Un «diritto civile costituzionale» in un ordinamento «unitario» che pone al centro la persona.* Il diritto civile è visto anche come diritto costituzionale e, in questa prospettiva integrata, come diritto europeo, cioè da interpretarsi in una prospettiva multi-livello, in armonia con il diritto dell'Unione europea, e, quanto alla tutela dei diritti fondamentali, con il sistema sovranazionale disegnato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo³⁵. In questo senso Rodotà intende la necessaria *unitarietà dell'ordinamento*, contrapposta alla *frammentarietà dell'esperienza*.

Il problema delle fonti è, dunque, prioritario anche nella prospettiva del diritto privato. Nel "territorio" del biodiritto emergono, d'altronde, campi di indagine in cui il già richiamato intreccio tra interessi pubblici e privati è particolarmente evidente e reclama una corrispondente revisione ed adattamento degli stessi strumenti di tutela. Ne sono testimonianza le complesse interazioni tra i diversi settori dell'ordinamento che hanno caratterizzato l'evolversi del biodiritto. Valga per tutti l'esempio del consenso al trattamento medico, ove si è assistito, almeno a partire dagli anni settanta fino ai nostri giorni, ad una evoluzione parallela e a tratti convergente delle connesse questioni di garanzia costituzionale e di tutela civile e penale, che ha visto impegnati tutti i "formanti" del nostro ordinamento³⁶. Il bussare della vita alle porte delle aule giudiziarie ha costretto i diversi attori del "discorso giuridico"³⁷ a cercare risposte adeguate alle rinnovate esigenze sociali in un vero "dialogo" volto alla concretizzazione dei principi del nostro ordinamento, in linea anche con il contesto normativo internazionale e sovranazionale³⁸. L'impegnativo quadro normativo fotografato

³³ V. ancora la provocazione di S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., 9: «Il giurista, dal quale si attenderebbero invincibili certezze, può presentarsi prima di tutto come un indagatore, un critico? Ma questa è la premessa indispensabile per conoscere, e in qualche modo "sistemare", quei dati nuovi sui quali, poi, dovrà esercitare la sua capacità regolatrice. Che, tra l'altro, non è detto che debba essere estesa in ogni direzione».

³⁴ S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, cit., spec. 158 ss. e 7, per le citazioni nel testo; ma anche, ad esempio, S. RODOTÀ, *Introduzione*, in *Questioni di bioetica*, cit., IX; S. RODOTÀ, *Modelli culturali e orizzonti della bioetica*, ivi, 421 ss.; nonché S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., spec. 146 ss.

³⁵ Non si può non richiamare qui, per una prospettiva parallela, quella di P. Perlingieri. Si veda già P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, *passim* e quindi ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984 (il cui titolo nella più recente edizione, in due volumi, del 2006 è significativamente mutato nel senso di "Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti").

³⁶ Sia consentito un rinvio sul punto a M. PICCINNI, *Consenso al trattamento medico*, in C.M. MAZZONI e M. PICCINNI, *La persona fisica*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2016, spec. 28 ss.

³⁷ E tra gli attori non inserirei solo i "giuristi", ma gli stessi attori e convenuti/imputati nelle aule giudiziarie. Si pensi a quello che è ricordato, appunto, come "il caso Massimo", o al "caso San Raffaele", quasi "leading cases" degli anni novanta; ed alle più recenti vicende di Eluana (e Beppino) Englaro o di Pier Giorgio Welby (e di Mario Riccio).

³⁸ Emblematico mi pare il "caso Englaro", sol che si pensi a tutti i livelli istituzionali che sono stati sollecitati ed ai molti anni in cui la vicenda umana, e poi giudiziaria, e, nei tratti cruciali, politica, si è sviluppata. Con un gioco di parole (e di concetti) si potrebbe forse sostenere, seguendo uno scambio di idee tra lo stesso Rodotà

all'art. 1, comma 1°, della più recente l. n. 219/2017 (su cui si tornerà nel prossimo paragrafo) ne costituisce una chiara conferma.

L'immagine del diritto che segue al riassetto del sistema mi pare cogliere quella che sembra una vera sfida della persona al soggetto di diritto³⁹. E non si tratta più, ormai, di un «problema prevalentemente ideologico»⁴⁰: quello cioè di superare il riduzionismo ottocentesco che, dietro il preteso universalismo del “soggetto di diritto”, nascondeva un preciso modello di individuo («maschio, maggiorenne, alfabetizzato, proprietario»⁴¹). Il soggetto di diritto non esiste più perché è la realtà sociale ad essere mutata⁴². La sfida lanciata dalla e alla «persona costituzionalizzata» riguarda i nuovi pericoli riduzionistici che provengono dal diritto dei consumi di massa, e, dunque, dalla riduzione della persona a singoli segmenti della realtà. Si pensi all'esempio spesso richiamato con preoccupazione da Rodotà della comparsa in apertura del BGB, nella prima sezione sulle persone, accanto alle «persone fisiche», di «consumatori e imprenditori»⁴³. Ma un pericolo di riduzionismo viene anche dall'evoluzione tecno-scientifica⁴⁴ e dalla stessa medicina, con la possibile trasformazione o riduzione della persona in “paziente”.

e Braibant nelle “Assise internazionali di bioetica”, tenutesi nel maggio del 1992 (v. G. BRAIBANT, *Diritto e bioetica*, in *Questioni di bioetica*, cit., 329), che i lunghi anni di “dimissioni della legge” (intesa come “legge generale” sulla relazione di cura, nel senso di cui in S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, cit.) si sia tradotto in un “ritorno del diritto”.

³⁹ Sfida della persona, che emerge dal riconoscimento delle diverse dimensioni vitali per secoli celate/sopite dietro allo schermo del “soggetto di diritto”, ma anche, come diceva Rodotà, sfida alla persona stessa. E cioè, posto che la “persona”, anche se intesa in questi termini, è ancora categoria giuridica, sarà in grado di fronteggiare adeguatamente esigenze della realtà ed esigenze del diritto, rispondendo al suo compito sistematico/anti-riduzionistico? In S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, cit. l'Autore, nel procedere ad una ricognizione di molti dei rischi di riduzionismo della persona legati al mercato ed alle innovazioni tecnoscientifiche incisivamente afferma: «Vi è una permeante eccedenza della persona» (ivi, 53) (v., tra i suoi più recenti scritti, anche S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit. e S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma, 2012).

⁴⁰ Secondo la critica di A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 1 ss.

⁴¹ Così sintetizza S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, cit., 15.

⁴² V. ad esempio ancora S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, cit., spec. 39 ss. e 46 ss.

⁴³ Con chiarezza S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, cit., 22: «La modifica è rilevante e significativa, testimonianza visibile dell'irruzione della realtà in un testo che, precedentemente, rispecchiava la tradizione e si riferiva solo alle persone fisiche. Ma l'innovazione guarda solo all'*homo economicus*», non cogliendo dunque la persona nella sua «pienezza: opera piuttosto una sua riduzione alla sola dimensione della produzione e del consumo, dunque del mercato». L'Autore richiama *a contrario* gli artt. 16 e 16.1 del *code civil*, come esempio di un diverso modello di rivisitazione delle tradizionali categorie privatistiche più compatibile con il riconosciuto primato della persona, determinato dalla consapevolezza del rapporto tra la stessa ed il proprio corpo.

⁴⁴ La riflessione di Rodotà si è concentrata su questi aspetti fin dagli anni settanta: v. ad esempio già S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973; e negli anni ottanta: S. RODOTÀ, *Protezione dei dati e circolazione delle informazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 721 ss., ora in *Raccolta*, cit., 79 ss. I suoi studi si sono poi rivolti al riconoscimento dei problemi posti dalla scomposizione del corpo e dalle necessità di una sua “giuridificazione” che vada nella direzione di un forte ancoraggio del corpo e delle sue diverse dimensioni («fisica, psichica e tecnologica») alla persona: cfr. soprattutto S. RODOTÀ, *Ipotesi sul corpo «giuridificato»*, cit., 467 ss.; e più di recente, S. RODOTÀ, *Il corpo “giuridificato”*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO (a cura di), *Il governo del corpo*, I, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Milano, 2011, 51 ss. Ma v. già S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, spec. 189 ss.; S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., *passim*; nonché S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità*, cit., 583 ss.; S. RODOTÀ, *Trasformazioni del corpo*, in *Pol. del dir.*, 1, 2006, 3 ss.; S. RODOTÀ,

Per accennare a due esempi molto diversi dai quali emerge il pericoloso intreccio tra dimensione complessiva della persona, diritto e medicina, si considerino la legge sul transessualismo (l. 14 aprile 1982, n. 164, *Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*) e quella sulla procreazione medicalmente assistita (l. 19 febbraio 2004, n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*).

La prima costituisce senz'altro un rilevante risultato per gli anni ottanta rispetto al riconoscimento del diritto della persona che senta di appartenere ad un sesso psichico diverso rispetto a quello biologico, di realizzare la propria identità *anche* attraverso l'intervento chirurgico; la legge si è però tradotta nella lettura costantemente data dagli interpreti, fino al più recente *revirement* della giurisprudenza⁴⁵, nella *necessità* che il diritto all'identità sessuale, per essere realizzato, passi attraverso *l'intervento chirurgico*⁴⁶.

La legge sulla procreazione medicalmente assistita, emersa in tutt'altro contesto culturale e pure profondamente stravolta dalla «riscrittura costituzionale e giurisprudenziale»⁴⁷, al di là delle valutazioni che della stessa si vogliono dare rispetto al bilanciamento tra i diversi diritti ed interessi coinvolti, paga comunque lo scotto di trasfigurare il desiderio di maternità e paternità attraverso la lente del diritto alla salute. Questo riduce il più ampio problema di (mancato o insufficiente) «consenso sociale» sulle finalità e modalità di ricorso alle tecniche di assistenza alla procreazione a quello, inevitabile nella prospettiva della legge, dei limiti della discrezionalità legislativa quando questa interferisca con le regole tecniche di buona pratica clinica⁴⁸.

Il biodiritto, in definitiva, richiede una vigilanza costante sull'adeguatezza delle necessarie astrazioni e riduzioni giuridiche rispetto alla realtà mutevole ed inafferrabile in cui è immersa la persona.

b) *Un diritto "problematico" e "sistematico"*. Perché la riflessione giuridica sia, dunque, all'altezza della sua funzione critica, il giurista ha il compito di partire dal *caso*, inteso come *problema* che emerge dalle esigenze della vita, e di confrontarsi immediatamente con le *fonti*. Queste sono al

Editoriale, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 2015, 3 ss., (ora in *Raccolta*, cit, 53 ss., con il titolo *Capitalismo "automatico" e condizione post-umana*).

⁴⁵ V. in particolare Cass., 20.7.2015, n. 15138, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 1068 ss., con nota di D. AMRAM, e *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, con opinione di S. PATTI, e Corte cost., 5.11.2015, n. 221, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 582 ss., con nota di C. CARICATO.

⁴⁶ Per tutti A. LORENZETTI, *Diritti in transito – La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013, *passim*.

⁴⁷ Secondo l'immagine proposta da L. D'AVACK, *L'ordinanza di Salerno: ambiguità giuridiche e divagazioni etiche*, in *Dir. fam. e pers.*, 2010, 1737 ss.

⁴⁸ Chiarissima sul punto già Corte cost., 8.5.2009, n. 151, in *Nuova giur. civ. comm.*, 11, 2009, I, 1123 ss., con nota di G. FERRANDO, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 521 ss., ove la Consulta segnalava che «la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali (sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002)». Il passaggio, non a caso, è richiamato dallo stesso Rodotà, in *Il nuovo habeas corpus*, cit., 200.

tempo stesso *limite* e *fondamento* del discorso giuridico, ed anche *problema*, per di più complicato dalla loro pluralità⁴⁹.

Se il diritto è sempre al servizio della persona, che si riscopre al centro del discorso giuridico, la tensione verso la dimensione “ricostruttivo-sistematica” conduce, in ambito biogiuridico, al già richiamato nuovo *habeas corpus*⁵⁰.

È attorno a questo nuovo *habeas corpus* che si organizza, nel pensiero di Rodotà, l’ordinamento. La realtà di partenza è “un” corpo sempre più frammentato, che ha perso la sua unitarietà “naturalistica”: spetta, dunque, al diritto il compito di ricomporlo, attraverso un’operazione dichiaratamente valoriale, che pone al centro la persona⁵¹.

Non una acritica esaltazione del diritto all’autodeterminazione⁵², dunque, ma il riconoscimento giuridico di un principio generale di *libertà*, ormai profondamente rivisitato dalla sua avvenuta integrazione con la “*dignità*”. Nella prospettiva dell’Autore, infatti, *eguaglianza* e *libertà*, i principi forti della tradizione illuminista, si ravvivano in base ad una rinnovata centralità della *solidarietà* ed all’emergere della *dignità*, dando vita ad una vera e propria «nuova antropologia giuridica»⁵³.

L’importanza del riferimento alla dignità, dunque, non starebbe tanto nel riconoscimento di nuovi diritti, quanto nel conferire nuova luce ai diritti tradizionali. La dignità non è (o almeno non soltanto) «un diritto fondamentale tra gli altri, né una supernorma», ma semmai un nuovo “valore normativo”. Essa, nell’integrare i richiamati «principi fondativi già consolidati» della modernità ne «imponesse» «una reinterpretazione in una logica di indivisibilità»⁵⁴. In questo senso, la centralità dell’autodeterminazione sul proprio corpo non è vista nell’ottica di un’esaltazione dell’isolata libertà dell’individuo, ma come riconoscimento sociale della dignità decisionale del singolo⁵⁵.

⁴⁹ V. in proposito per chiarezza, quanto precisato da P. Perlingieri nel dialogo con F. Pedrini, a proposito del fatto che non si può proporre una «teoria dell’interpretazione del diritto» *generale*, perché essa «ha necessariamente *fini applicativi* e ha per oggetto *inscindibilmente* il fatto concreto (*quaestio facti*) e le fonti formali e sostanziali (*quaestio iuris*)» v. F. PEDRINI, *Colloquio su (Scienza del) Diritto e Legalità costituzionale. Intervista al Prof. Pietro Perlingieri (Napoli, 27 giugno 2017)*, in *Lo Stato*, 8, 2017, 192.

⁵⁰ Per la necessità di un nuovo statuto del corpo umano, v. gli scritti richiamati *supra*, alle nt. 32 e 44.

⁵¹ V. sul punto gli scritti già richiamati alla nt. 44.

⁵² V. in questo senso soprattutto le preoccupazioni espresse da A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, cit., 2009, 1 ss. e da C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Europa e diritto privato*, 102 ss. e spec. 107 ss., nonché C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 1037 ss., e più di recente C. CASTRONOVO, *L’eclissi del diritto*, Milano, 2012, spec. 95 ss.

⁵³ V., in particolare, S. RODOTÀ, *Antropologia dell’«homo dignus»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 547 ss., ora in *Raccolta*, cit., 345 ss., e S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., spec. 179 ss.

⁵⁴ V., ad esempio, S. RODOTÀ, *Editoriale, Consenso informato e principio di autodeterminazione*, cit., spec. 6 e S. RODOTÀ, *Editoriale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 2016, 3 ss. (ora in *Raccolta*, 57 ss., con il titolo *Restituire forza teorica e politica alla dignità*).

⁵⁵ V. in particolare S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, cit., *passim*, e spec. 32 ss. e S. RODOTÀ, *Antropologia dell’«homo dignus»*, cit., spec. 560 ss. In questo senso, rispetto alle critiche avanzate dagli autori richiamati *supra*, alla nt. 51, è proprio la differenza, da costoro pure rilevata, tra gli atti di autonomia dell’*homo economicus* e gli atti di esercizio di autodeterminazione sul proprio corpo, a richiedere un approccio giuridico diverso da quello tradizionale, approccio che non può non partire dall’ottica del «governo del proprio corpo» (a partire dall’immagine della *sovranità su di sé* proposta da Paolo Zatti già in *Il corpo e la nebulosa dell’appartenenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 1 ss. e più di recente in *Di là dal velo della persona fisica. Realtà del corpo e diritti “dell’uomo”*, in AA. VV., *Liber amicorum per F. Busnelli*, Milano, 2008, 121 ss., e ora

Quella che Rodotà chiama la «costituzionalizzazione della persona» e dei suoi «bisogni»⁵⁶, porta, in definitiva, al centro della riflessione giuridica sia il problema del *fondamento* dello statuto giuridico del corpo, che quello dell'*effettività del diritto*, o meglio *dei diritti* che sono di conseguenza ridefiniti.

c) *Un diritto "leggero" e "faticoso"*. Insieme alla *fiducia* nel diritto, fiducia che porta l'Autore a rivendicare appunto un ruolo "forte" del diritto, vi è, come più volte richiamato, la consapevolezza dei *limiti* dello strumento giuridico.

Dal confronto tra diritto e persona alla luce del nuovo *habeas corpus* emergono, anzitutto, aree "protette" dell'«indecidibile».

Più in generale, anche rispetto a quei problemi per i quali è opportuno e/o desiderabile l'intervento del diritto⁵⁷, deve porsi estrema attenzione al rapporto dialettico con l'etica. Il diritto, utilizzato come scorciatoia per far valere una posizione socialmente non condivisa è, infatti, pericoloso non solo perché, ideologicamente, veicolo autoritario, ma anche perché, pragmaticamente, diviene strumento di delegittimazione della stessa dimensione giuridica. Nel confronto con la bioetica, il pericolo è, infatti, che si ricorra al diritto (ed in particolare alla legge) come «scorciatoia»: «al diritto sarebbe affidato il compito di imporre certezze che la società ancora non trova, di essere veicolo di autoritarismo o di conservazione di categorie» ormai «evidentemente lontane dalle nuove realtà che dovrebbero regolare»⁵⁸.

anche in *Maschere della vita*, cit., 55 ss.; v. quanto al tema delle DAT e delle scelte di fine vita da ult. anche le riflessioni di M. MANTOVANI, *Il cd. testamento biologico come strumento di pianificazione delle scelte di fine vita*, in AA.VV., *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, Napoli, 2017, 256 ss.). In particolare, ricorda Rodotà, in *Dal soggetto alla persona*, cit., 561: «[è] possibile indicare un percorso [...] che faccia emergere le varie dimensioni della dignità, considerando in primo luogo le decisioni che la persona può prendere. Se queste esauriscono i loro effetti nella sfera dello stesso interessato, il diritto all'autodeterminazione è destinato a prevalere [...]. Se, invece, le decisioni interferiscono nell'altrui sfera dell'umano, allora deve prevalere il rispetto dell'altro, che fa emergere propriamente l'aspetto relazionale della dignità». Per alcune considerazioni sulle possibili estensioni della dignità v. anche, in diverse prospettive, M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 2007, 67 ss.; G. RESTA, *La dignità*, in *Ambito e fonti del biodiritto*, I, cit., 259 ss.; nonché C.M. MAZZONI, *I diritti fondamentali dell'uomo*, in *La persona fisica*, cit., 159 ss.

⁵⁶ V. sul punto soprattutto da ult. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 41 ss. Sottolinea la centralità del «costituzionalismo dei bisogni» nel pensiero di Rodotà M.R. MARELLA, *Stefano Rodotà e la "Rivista Critica del Diritto Privato"*, nella *Presentazione della Raccolta*, cit., XIX ss.

⁵⁷ V. la convincente sintesi proposta da G. Braibant, rispetto alla allora in corso riforma francese, quanto all'atteggiamento del diritto rispetto alle «questioni di bioetica»: «discernere ciò che è *utile*, il *pericoloso* e *l'inaccettabile*, e [...] creare *regole e istituzioni* atte a contenere ciò che è lecito nei limiti del *ragionevole*» (V. G. BRAIBANT, *Diritto e bioetica*, cit., 327).

⁵⁸ Tra i molti scritti in cui Rodotà si è espresso in questo senso, v. ad esempio *Tecnologie e diritti*, cit., 143 ss. e 148 per le citazioni nel testo.

È per questo che Stefano Rodotà invoca una disciplina «elastica, leggera, sobria, aperta»⁵⁹. Non invadente, «gentile», dirà più tardi Paolo Zatti⁶⁰.

Il problema non è solo se ricorrere alla legge, ma anche *come*. Su questo aspetto è essenziale l'apporto della riflessione avviata da Rodotà negli anni sessanta sul più generale ruolo ordinante del diritto rispetto alla realtà sociale, che già si configurava come dinamica e pluralista.

La tecnica legislativa per principi e clausole generali non solo meglio si adatta, in *funzione diacronica*, al divenire rapido della tecnoscienza e della medicina, ma permette anche, in *funzione sincronica*, l'immediata compatibilità/coesistenza di valori e principi diversi. In definitiva, il legislatore non è costretto a scelte "rigide", che potrebbero rivelarsi non adeguate rispetto alla complessità della vita; mentre l'interprete (ed in particolare il giudice) è gravato dal compito di individuare la soluzione del caso concreto⁶¹. Attraverso l'interazione tra regole e principi, e con la mediazione tra di-

⁵⁹ V. per questa citazione S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., 149; ma già più diffusamente S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, cit., 158 ss. Altri ha parlato in termini simili di «diritto mite» (G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992). Definizioni che non equivalgono ad un diritto debole. Sul punto v. per chiarezza P. ZATTI, *La giurisdizione dello Stato in materia di bioetica*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Un quadro europeo per la bioetica?*, cit., 191: «La raccomandazione per un "diritto leggero" non significa [...] tendenza a non disciplinare, ma anzi tendenza a disciplinare in modo efficace, ad assicurare l'effettività della legge e a evitarne la delegittimazione; per contro, è ambigua la tendenza a proporre disegni di legge di complessa e troppo minuziosa struttura, di difficile approvazione, di problematica gestione: con i risultati d'impotenza e di crescente forza dei fatti che tutti conosciamo». Si tratta di un diritto «necessario», «efficace», «coerente e compatibile» (P. ZATTI, *Dal consenso alla regola*, cit., spec. 532 ss.). V. sul punto ancora Rodotà nelle numerose occasioni in cui, dopo aver richiamato un ruolo «forte» (cioè *politicamente* orientato al senso e non *tecnicamente neutrale* o meglio *strumentale*), richiama immediatamente al problema del *limite* (e dell'indecidibile): *ex multis*, oltre alle opere appena citate *Introduzione*, in *Questioni di bioetica*, cit., VII ss.; *Pluralità di modelli del quadro europeo*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Un quadro europeo per la bioetica*, Firenze, 1998, 133 ss.; e tra gli scritti più recenti *Quarant'anni dopo*, cit., spec. 177 s. e *Dal soggetto alla persona*, cit., spec. 32 ss. Al diritto spetta, dunque, un compito, socialmente condiviso con altre istituzioni, ed in particolare in ambito biogiuridico con la medicina, di ricercare la «giusta *misura* in relazione alla persona» (da ult. P. ZATTI, *Diritto e medicina: un logos comune?*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, 1487 ss.).

⁶⁰ In un manifesto programmatico, seguito da una proposta ragionata espressa in forma normativa, cui anche Rodotà aderirà: v. P. ZATTI, *Principi per un diritto della dignità del morire*, pubblicato dapprima in <http://undirittogentile.wordpress.com>; e successivamente AA. VV., *Prova di testo normativo sulla relazione di cura, Principi, consenso, urgenza medica, rifiuto e interruzione di cure, dichiarazioni anticipate*, pubblicato tra l'altro in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2013, II, 1 ss., con introduzione di P. ZATTI, *Per un diritto gentile in medicina. Una proposta di idee in forma normativa*; documento confluito nel disegno di legge Manconi S.13-XVII legisl., che si è poi arenato in Senato. V. Sul punto le riflessioni di S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 276 ss. e S. RODOTÀ., *Editoriale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 2013, 3 ss. (ora in *Raccolta*, cit., 43 ss., con il titolo *Cultura giuridica e capacità progettuale nel discorso pubblico*). Il testo ha, comunque, largamente influenzato un successivo documento redatto dal CORTILE DEI GENTILI e dalla S.I.A.A.R.T.I., *Linee propositive per un diritto della relazione di cura e delle decisioni di fine vita*, nel 2015, reperibile al link: <http://www.cortiledeigentili.com/wp-content/uploads/2015/12/Linee-Propositive.pdf>. Testo che ha direttamente inciso sull'elaborazione della l. n. 219/2017, poi approvata dal Parlamento.

⁶¹ V. sul punto ad esempio e per tutti S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., spec. 146 ss.

ritto e valori sociali operata per mezzo delle clausole generali, si realizza quella che è una vera ridistribuzione dei poteri decisionali⁶², che dovrebbe meglio rispondere alle esigenze di composizione degli interessi che rilevano di volta in volta.

Il diritto richiesto dalla medicina è, in definitiva, un diritto che confezioni «vestiti su misura»⁶³. Un diritto «faticoso» e dunque anche «pensoso»⁶⁴, e all'apparenza «costoso»⁶⁵, volto però a *semplificare in senso migliorativo* i rapporti tra privati (proprio nella misura in cui è funzionale alla soluzione dei problemi della persona). L'ordinamento si presenta sempre più chiaramente, anche nell'orizzonte dei privatisti, come fine da raggiungere, contemporaneamente risultato e processo.

Nell'era della società di massa e della standardizzazione, è questo un diritto che ci possiamo permettere⁶⁶?

Il quesito non è retorico, sol che ci si soffermi sulla difficoltà di applicazione che presentano le riforme improntate in questo senso. Si pensi, a titolo esemplificativo, ai problemi culturali ed organizzativi aperti dalla riforma sull'amministrazione di sostegno che ha ridisegnato le misure di protezione privatistica per le persone prive in tutto o in parte di autonomia (v. la l. 9.1.2004, n. 6 e la corrispondente novella degli artt. 404 ss. c.c.). Il rischio è che si producano effetti indesiderati proprio sul piano della realizzazione dei principi di libertà, eguaglianza, solidarietà e dignità che la riforma vorrebbe promuovere. In fondo, già la rivoluzionaria legge Basaglia (v. la l. n. 180/1978 poi sostituita dall'art. 33 della l. n. 833/1978) ha lasciato aperte questioni ancora insolite o solo di recente affrontate. La chiusura degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari e la loro sostituzione con le Residenze per l'Esecuzione delle Misure di Sicurezza (R.E.M.S.) è avvenuta solo a seguito della l. n. 81/2014 e lascia ancora aperti numerosi problemi attuativi. Ma, soprattutto e più in generale, dagli anni sessanta ad oggi restano ancora pesanti nodi scoperti nella protezione della persona con malattia psichiatrica o con disagio mentale, per la difficoltà di individuare soluzioni che adeguatamente

⁶² Oltre agli scritti richiamati *supra* alla nt. 14, con particolare riguardo al governo del corpo rispetto ai progressi della medicina e della tecnoscienza, v. S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus*, cit., spec. 212 ss.

⁶³ La metafora è stata proposta da Paolo Cendon quanto al beneficiario di amministrazione di sostegno (*Un altro diritto per i soggetti deboli, l'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, in G. FERRANDO (a cura di), *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Milano, 2005, 49; e v. anche G. FERRANDO, *Protezione dei soggetti deboli e misure di sostegno*, in *La riforma dell'interdizione e inabilitazione*, Quaderno di *Famiglia*, 1, 2002, 129), ma può inserirsi in una più generale riflessione. Ed, in effetti, immagine simile è stata più di recente evocata da P. Perlingieri, nel richiamato dialogo con F. Pedrini (F. PEDRINI, *Colloquio su (Scienza del) Diritto e Legalità costituzionale. Intervista al Prof. Pietro Perlingieri*, cit., 227), proprio in una riflessione sulla necessità di andare oltre il «sillogismo giudiziale», dove l'Autore afferma: «[n]on v'è dubbio che il vestito su misura, confezionato dal sarto, sia da preferire al vestito preconstituito in serie». Affermazioni che pongono, pragmaticamente, il problema della sostenibilità di un diritto così concepito.

⁶⁴ V. per tutti S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., *passim*.

⁶⁵ V. sul punto però già S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, cit., 94 ss. e le considerazioni sulla clausola di buona fede e sul problema della «razionalità dell'azione giuridica» contenute in S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., 728 ss., e poi riprese anche in S. RODOTÀ, *Le clausole generali al tempo del diritto flessibile*, cit., 98 ss.

⁶⁶ Solo per un cenno alle riaccese dispute sul problema della «rottura del paradigma della fattispecie» (così N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, spec. 1115 ss.), v. da ult. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

bilancino le esigenze di protezione della persona con quelle della sua promozione, e queste ultime con le esigenze di sicurezza sociale⁶⁷.

Ma gli esempi potrebbero continuare. Per fare riferimento alle più recenti novità normative, si pensi ai numerosi problemi aperti dalla l. 8 marzo 2017, n. 24 che interviene con l'ambizione di affrontare contemporaneamente il problema della "sicurezza delle cure e della persona assistita" e quello della "responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie", sia in materia civile che in materia penale. In questo contesto può essere senz'altro inserita la l. 22 dicembre 2017, n. 219 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*), che pone particolari sfide normative, organizzative e culturali.

3. Prime valutazioni «critiche» della l. n. 219/2017.

È bene precisare cosa si intende per valutazione "critica". L'ambizione è di avviare, sulle tracce di Rodotà⁶⁸, una riflessione incentrata: a) sul *metodo* utilizzato dal legislatore; b) sul *ruolo* affidato all'*interprete* come "inventore"⁶⁹ del diritto; c) sulla *prospettiva storica* nella quale la legge si colloca; d) sulle *finalità* perseguite (e realizzabili) dalle sue norme; e) infine, sui *criteri di contemperamento degli interessi* presi in considerazione dal legislatore. Ciò a partire dalla consapevolezza che ancora attuale resta l'insegnamento maceratese, per cui «[l]a maturità di una riforma [...] non può

⁶⁷ È questo forse uno degli ambiti in cui la necessità ed al tempo stesso i limiti del diritto emergono con maggior forza. Rodotà lo ha ricordato più volte: «il tema della costituzionalizzazione della persona si manifesta con particolare intensità» nell'art. 32 della Cost. Per la realizzazione del diritto *fondamentale* alla salute il costituente ha voluto porre un «limite invalicabile» al legislatore, «più incisivo ancora di quello previsto dall'articolo 13 per la libertà personale [...]. Quando si giunge al nucleo duro dell'esistenza, alla necessità di rispettare la persona umana in quanto tale, siamo di fronte all'*indecidibile*. Nessuna volontà esterna, fosse pure quella coralmente espressa da tutti i cittadini o da un parlamento unanime, può prendere il posto di quella dell'interessato [...]. Il corpo intoccabile diviene presidio di una persona umana alla quale "in nessun caso" si può mancare di rispetto» (S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, cit., 32 ss., e più approfonditamente anche *Il nuovo habeas corpus*, cit., 176 ss., nonché *La vita e le regole*, passim, e spec. 51 ss.). Quali soluzioni implicino rispetto della dignità della persona, quali violazione della sua integrità personale e quali abbandono è molto difficile stabilirlo. Lo dimostra il disagio di amministratori di sostegno e giudici tutelari chiamati a decidere che interventi attuare nel caso di una persona anziana con qualche forma di demenza, ma tendenzialmente lucida, che rifiuta di rivedere al sua collocazione abitativa, ma che magari diventa sempre più sola e sempre meno autosufficiente, o del beneficiario, con malattia psichiatrica e con il diabete, che si nutre prevalentemente di miele e che non si rassegna ad un ricovero in una struttura protetta necessario per la sua salute (v. il coraggioso provvedimento del G.T. di Modena, decr. 15 settembre 2004, in *Fam. e dir.*, 2005, 85 ss., con nota di F. RUSCELLO), o, ancora, di una persona, da tempo senza fissa dimora, con una lunga storia di alcoolismo o tossicodipendenza, e con problemi di salute che avanzano, per non parlare della donna che sia in gravidanza e che faccia uso di sostanze stupefacenti, ecc. Tutte ipotesi sicuramente escluse dalla disciplina del t.s.o., oggi intercettate dall'istituto dell'amministrazione di sostegno, ed ora pure dalla l. n. 219/2017, per le quali può porsi il problema di un intervento protettivo per sé ed, in alcuni casi, anche per gli altri.

⁶⁸ E parafrasando G. ALPA, *Il libro e il messaggio*, cit., XXI.

⁶⁹ V. in proposito le riflessioni proposte *supra*, sub nt. 15.

mai misurarsi soltanto dal corpo di proposte tecniche che si è in grado di apprestare, ma dal rinnovamento che la cultura giuridica è riuscita a promuovere rispetto alle idee espresse nei testi bisognosi di revisione»⁷⁰.

Anzitutto, può essere utile qualche cenno al *contesto in cui la legge nasce* ed ai suoi *punti salienti*. Il dibattito parlamentare sul fine vita, che si è spesso unito a quello sul più ampio problema del consenso e della relazione di cura, è durato circa trent'anni. Il lungo tempo trascorso e la "qualità" dell'attività parlamentare e del dibattito pubblico hanno testimoniato le nefaste conseguenze delle più generali mancanze strutturali dei processi di formazione legislativa rispetto alla possibilità di raggiungere un "consenso sociale" sulle questioni bioetiche, dentro e fuori le aule del Parlamento⁷¹. Per tacere delle tormentate vicende che hanno portato negli stessi anni, sul versante dell'inizio della vita, alla l. n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita, che, come già si è accennato, è stata totalmente riscritta dalla giurisprudenza per renderla compatibile con l'impianto costituzionale⁷².

Anche solo questo rapido scorcio sulle vicende italiane rende evidente la distanza tra il contesto, prima politico-culturale, e quindi normativo, italiano e quello che si è sviluppato nello stesso arco temporale in altri paesi a noi più vicini, come la Francia⁷³ o la Germania⁷⁴. Il dovere previsto per gli

⁷⁰ S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche*, cit., 83 ss. È in questi termini che, continua Rodotà: «Il tema della riforma diviene uno dei temi centrali della cultura giuridica del nostro tempo, forse il più alto con cui lo studioso possa oggi cimentarsi» (*ivi*, 84). L'Autore pensava allora agli istituti classici del diritto privato, dalla proprietà, alla responsabilità civile, al contratto: istituti su cui aveva già lavorato in modo «ardito» (v. in particolare le sue monografie richiamate alla nt. 8), e su cui rilanciava allora una altrettanto ardita proposta di concepire il rapporto tra tecnica e politica (v. la sua stessa valutazione in S. RODOTÀ, *Quarant'anni dopo*, cit., 171 ss.). La riforma di cui si discute interviene, invece, a disciplinare una materia che non era ancora stata affrontata in termini sistematici nel nostro ordinamento, anche se non sono mancate importanti riforme volte ad attuare l'art. 32 Cost., prima tra tutte la già più volte richiamata nel testo l. 23 dicembre 1978, n. 833 (*Istituzione del servizio sanitario nazionale*), rispetto alla quale la legge in esame si pone senz'altro in continuità.

⁷¹ Tema su cui, non a caso, Rodotà ha sempre insistito. Per una ricognizione del dibattito parlamentare sulle decisioni di fine vita v. da ult. e per tutti in diverse prospettive M. DI MASI, *Il fine vita*, Roma, 2015 e D. CARUSI, *Tentativi di legiferazione in materia di testamento biologico, Un dibattito da rianimare*, Torino, 2016, 17 ss.

⁷² V., ad esempio, per memoria storica il libro *La fecondazione assistita. Riflessioni di dieci giuristi*, pubblicato dal Corriere della Sera, nel 2005, con prefazione di U. VERONESI, in pendenza del referendum abrogativo che, a seguito di una discussione pubblica molto accesa, non raggiunse il *quorum*. Per una valutazione della legge in prospettiva comparatistica v. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto, La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Torino, 2012, spec. 143 ss. e 257 ss.

⁷³ In Francia, a partire dalle cc.dd. leggi di bioetica del 1994, vi è stato un processo legislativo particolarmente avanzato ed attento alle istanze legate alle evoluzioni tecno-scientifiche ed ai nuovi problemi emergenti nell'ambito della medicina. Processo normativo che ha coinvolto, oltre al *Code de la santé publique*, anche *Code civil* e *Code pénal*. Le leggi stesse prevedono una loro revisione periodica. Il processo di adeguamento normativo ha in vario modo coinvolto le diverse istituzioni ed i cittadini (v., a ridosso, la preziosa ricognizione di G. BRAIBANT, *Diritto e bioetica*, cit., 327 ss.; e più di recente R. CIPPITANI, *Principi e metodo nella revisione della normativa francese relativa alla bioetica*, in *Dir. fam. e pers.*, 2012, 1836 ss.).

⁷⁴ Nel diverso contesto tedesco vi è stato un intervento del legislatore più recente e minimalista (v. il *Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts*, entrato in vigore il 1° settembre 2009) che ha razionalizzato scelte giurisprudenziali e strumenti normativi già previgenti nel BGB, con la modifica del § 1901a, comma 1°, rispetto ai poteri del *Betreuer* (amministratore di sostegno) ed, in alternativa, del *Bevollmächtigter* (fiduciario) e l'introduzione espressa della *Patientenverfügung*. V. sul punto, per tutti, F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008, spec. 535 ss.

Stati parte della Convenzione di Oviedo dall'art. 28 sul «Dibattito pubblico», di garantire che «le fondamentali questioni sollevate dagli sviluppi della biologia e della medicina siano soggette ad una discussione pubblica appropriata alla luce, in particolare, delle rilevanti implicazioni mediche, sociali, economiche, etiche e legali, e che le loro possibili applicazioni siano fatte oggetto di consultazioni appropriate»⁷⁵, probabilmente non suona in quei Paesi come retorico⁷⁶.

È quasi sorprendente, dunque, che il Parlamento sia riuscito a varare una legge come quella in esame⁷⁷. Il testo normativo, infatti, dal linguaggio alle soluzioni adottate, è all'evidenza largamente tributario di una riflessione interdisciplinare e pluralista, in linea con le elaborazioni più mature della giurisprudenza già richiamate (v. *supra*, par. 2, lett. a). Già la rubrica della legge annuncia una disciplina della «relazione di cura e di fiducia» (al centro nella normativa sin dall'art. 1, comma 2°), colta nei diversi scenari in cui la stessa si svolge. Il legislatore richiama in via riassuntiva i due scenari più distanti: quello del «consenso» espresso dal paziente adeguatamente «informato» sulle sue attuali condizioni di salute e sulle possibilità terapeutiche e quello del «consenso "ripristinato"» quando il paziente, ormai muto, ha lasciato le proprie «disposizioni anticipate di trattamento».

Con questa premessa, si può dunque procedere ad una sommaria verifica di come la legge si colloca rispetto alle indicazioni metodologiche individuate nel precedente paragrafo. L'intento non è certo quello di strumentalizzare il pensiero di Rodotà, ma semmai di saggiare se la fiducia da lui riposta nel progetto Manconi (culturalmente vicino a quello in esame)⁷⁸ sia stata ripagata ed in che termini dalla legge in esame.

a) *L. n. 219/2017 ed unitarietà dell'ordinamento.* L'incipit dell'art. 1 è poco elegante e probabilmente ingenuo, sia nella pretesa di ancoraggio costituzionale contenuta in una legge ordinaria (ma è ormai un costume sempre più diffuso), sia nell'esigenza di qualificare come diritti soggettivi quelli che sono senz'altro e prima di tutto interessi e «valori» fondanti del nostro ordinamento.

Non solo, dunque, si richiamano il – da sempre polisemantico – «diritto alla salute» ed il finalmente «nominato» «diritto all'autodeterminazione», referente implicito di ogni disciplina del «consenso informato»⁷⁹, ma anche «la vita» e «la dignità» – valori che, nel contesto della relazione di cura tra

⁷⁵ Si veda il richiamo, non si sa se fiducioso o rassegnato, contenuto nel decreto della Corte d'Appello di Milano, del 31.12.1999 (vedilo ad esempio in *Bioetica*, 2000, 93 ss.) agli esordi della vicenda Englaro.

⁷⁶ Si prescinde qui dal problema del valore formale della Convenzione nei diversi paesi, ricordando come la stessa abbia comunque avuto una forte influenza interpretativa presso la giurisprudenza, indipendentemente dal completamento dell'iter di firma e ratifica.

⁷⁷ Per una ricognizione dell'evoluzione dei lavori parlamentari, v. P. ZATTI, *La via (crucis) verso un diritto della relazione di cura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 2017, 3 ss.

⁷⁸ V. *supra*, nt. 60.

⁷⁹ Il termine «consenso informato» è ormai entrato nell'ordinamento, e non si può che rassegnarsi a questa semplificazione linguistica. Nella richiamata dimensione «relazionale» si può forse però valorizzare una considerazione di Rodotà, che pur criticando l'aggiunta dell'aggettivo «informato» al consenso, riconosceva già negli anni novanta che comunque «con quella espressione, ormai entrata nell'uso, si vuol dire che si stabilisce una relazione informativa tra due soggetti» (S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, cit., 225). Ancora più chiaramente, l'Autore successivamente aggiungeva che la scelta linguistica «individua un modo peculiare di distribuire poteri e responsabilità. L'onere dell'informazione si sposta dalla persona interessata al medico, ai molti interessati alla raccolta di dati personali, ad istituzioni pubbliche. Sono questi i soggetti che devono fornirgli l'informazione necessaria perché la sua decisione possa essere davvero libera e consapevole» (S. RODOTÀ, *Nuovo habeas corpus*, cit., 201). Il dato linguistico permetterebbe, dunque, una valorizzazione dei legami

paziente e medico e nell'acceso dibattito bioetico italiano, sono senz'altro fortemente ambigui – diventano diritti.

Ne esce, in ogni caso, rafforzato il quadro normativo di riferimento e, con esso, la centralità della persona.

Rispetto al bilanciamento tra principi che vengano a trovarsi in concreta antinomia ed alla individuazione del centro del sistema⁸⁰, è senz'altro importante – nel confronto con i precedenti giurisprudenziali e con fortunatamente tramontati progetti di legge ideologicamente orientati⁸¹ – il richiamo congiunto agli articoli della nostra Costituzione ed a quelli della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Su di essi si fonda il più volte richiamato “nuovo *habeas corpus*”.

Oltre al dato normativo, anche l'esperienza applicativa pregressa, dimostra come il richiamo congiunto degli artt. 2, 13 e 32 della Cost., ed ancor più, degli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali UE, porti necessariamente a questo nucleo⁸².

Come è stato ben sintetizzato dalla Consulta nella sentenza n. 438/2008, infatti, il «consenso informato, quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico» deve considerarsi «*principio fondamentale* in materia di tutela della salute» ed ha una «*funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute*»⁸³.

Dunque, l'indifferenziato elenco di diritti dovrebbe essere letto nella stessa logica tanto spesso richiamata da Rodotà di «indivisibilità ed universalità» dei rispettivi valori⁸⁴. Logica, in fondo, in piena sintonia con quella ispiratrice della l. n. 833/1978, che, per prima – in una prospettiva allora prevalentemente pubblicistica di attuazione dell'art. 32 Cost., quale quella della istituzione del servizio

sociali e dell'interdipendenza tra paziente e curanti proprio nel momento massimo di affermazione dell'autodeterminazione del primo.

⁸⁰ V. sul punto ancora le riflessioni in S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, spec. 151 ss.

⁸¹ V. per tutti quello conosciuto come disegno di legge Calabrò “*Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato, di dichiarazioni anticipate di trattamento*”, che ha dominato la discussione nel corso della XVI Legislatura nelle sue diverse versioni.

⁸² Per una prima lettura della legge in questo senso v. M. DI MASI, *Prima lettura della legge recante “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”*, in www.diritticomparati.it, 8 gennaio, 2018.

⁸³ V. CORTE COST., 23.12.2008, n. 438 (corsivi agg.), in *Giur. cost.*, 2008, 6, 4970 ss., con nota di D. MORANA, e in *Le regioni*, 2009, 625 ss., con nota di C. CASONATO. Questa sentenza è stata costantemente richiamata negli scritti di Rodotà, fin dall'*Editoriale* inserito nel fasc. 1 del 2009 della *Rivista critica di diritto privato*, già cit. (indicato poi nella pure più volte richiamata *Raccolta* come *Consenso informato e principio di autodeterminazione*). È evidente che se l'acquisizione di un consenso consapevole è, di regola, condizione necessaria per intervenire sul paziente, la stessa non è sufficiente a rendere lecito l'atto medico, che dovrà comunque essere conforme alle (altre) regole professionali (v. sul punto lo stesso RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, cit., 226 s., e più ampiamente, per tutti i due scritti quasi coevi di G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, spec. 6 ss. e di E. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, Padova, 2000, *passim*).

⁸⁴ Nella Carta dei diritti fondamentali UE i «valori» della «dignità umana», della «libertà», dell'«uguaglianza» e della «solidarietà» sono espressamente indicati e riconosciuti come «indivisibili e universali» (Preambolo, punto 2).

sanitario nazionale – già chiaramente affermava l'indissolubile legame tra dignità e libertà nell'attuazione del diritto alla salute del cittadino⁸⁵.

In un'ottica di necessaria unitarietà dell'ordinamento può essere apprezzata l'interazione tra regole privatistiche di disciplina della «relazione di cura» tra paziente e medico e regole che riguardano l'organizzazione dei servizi socio-sanitari. Se il consenso e la «pianificazione condivisa delle cure» costituiscono la «base», da un lato, della «relazione di cura e fiducia», nella reciproca integrazione di «autonomia decisionale» su di sé, e, dall'altro, di «competenza, autonomia e responsabilità» professionale (v. il linguaggio utilizzato all'art. 1, comma 2°), la realtà dei contesti di cura è fatta di percorsi complessi, continuativi e frammentati.

Proprio quest'ultima considerazione delle caratteristiche di contesto del servizio sanitario entro cui si colloca la relazione di cura giustifica la previsione di strumenti di delega/coinvolgimento di altri soggetti di fiducia da parte del paziente (v. artt. 1, commi 2°, 3°; 4 e 5) e di programmazione condivisa a lungo termine con il personale sanitario (v. soprattutto l'art. 5, ed inoltre gli artt. 1, 2, 3), ma anche l'introduzione di norme di organizzazione più complessiva del servizio, sia da parte delle singole strutture che degli enti pubblici preposti alla tutela e promozione della salute, *in primis* le Regioni ed il Ministero. La valorizzazione dei Comuni nella raccolta delle volontà anticipate richiama, poi, il fatto che il paziente è prima di tutto un cittadino, che può aver voluto utilizzare lo strumento delle DAT.

La consapevolezza del legislatore circa il carattere cruciale della dimensione non solo organizzativa, ma anche più ampiamente "culturale", emerge, ancora, dagli obblighi di formazione ed informazione non solo del personale sanitario, ma anche dei cittadini, previsti in capo alle pubbliche autorità (v. soprattutto l'art. 4, comma 8°) ed ai responsabili delle strutture sanitarie (siano esse pubbliche o private: così i cruciali commi 9° e 10° della legge). Si tratta di un passo ulteriore rispetto all'attuazione di quel «moderno diritto amministrativo prestazionale» individuato dal Consiglio di Stato nel caso Englaro, al cui centro si pone il malato⁸⁶.

Sempre nell'ottica di una prospettiva unitaria dell'ordinamento è particolarmente apprezzabile l'art. 1, comma 6°, in cui si ristabilisce, finalmente, quella «giusta certezza» di cui medici e cittadini sentivano da tempo bisogno⁸⁷ chiarendo che, a fronte del dovuto rispetto da parte del medico della volontà del paziente di rifiutare o rinunciare ad un trattamento sanitario, il medico è esente da responsabilità civile e penale. Resta aperto il problema opposto di quali configurazioni assumerà rispetto alla responsabilità civile e penale del medico il trattamento c.d. arbitrario, che tradisca l'autonomia decisionale del paziente. Il problema è opportunamente trascurato in una legge che si

⁸⁵ V. il comma 2° dell'art. 1 (*I principi*), l. n. 833/1978: «La tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana».

⁸⁶ V. Cons. Stato, 2 settembre 2014, n. 4460, spec. punto 57 (corsivi aggiunti), in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2015, I, 74 ss., con *Discussione* in parte II di P. BENCIOLETTI, R. FERRARA, E. PALERMO FABRIS e P. ZATTI, 1 ss. La pronuncia, che si riferisce al caso Englaro, sembra costituire la "naturale" prosecuzione sul piano degli obblighi della p.a., di Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, su cui v. per tutti il commento di C. CASONATO, *Consenso e rifiuto di cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quad. cost.*, 2008, 545 ss. Il percorso giudiziario si è quindi completato, quanto alle conseguenze sul piano della responsabilità civile per l'ingiustificato diniego delle strutture, con la più recente pronuncia del Cons. di Stato, 21 giugno 2017, n. 3058, in *Nuova giur. civ. comm.*, 11, 2017, I, 1525 ss., con commenti di M. AZZALINI e V. MOLASCHI.

⁸⁷ V. sul punto P. ZATTI, *Per un diritto gentile in medicina*, cit., 1.

preoccupa di «promuovere e valorizzare» il rapporto tra i privati, visto nella sua dimensione fisiologica.

Infine, colpiscono le molte assonanze tra il linguaggio della legge e quello della deontologia, ed in particolare, dell'ultima versione del codice deontologico dei medici⁸⁸. Nello stesso spirito di sintonia tra ordinamento statale ed ordinamento deontologico, all'insegna del reciproco riconoscimento dell'autonomia del paziente e di quella del medico come professionista, va interpretata anche la parte finale dell'art. 1, comma 6°, in cui si precisa che «il paziente non può *esigere* trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali»⁸⁹.

b) *La l. n. 219/2017 tra "problema" e "sistema"*. Anche rispetto alle dinamiche di interazione tra "vita" e "diritto", la legge in esame appare, di primo acchito, come una possibile risposta adeguata ad alcuni problemi che sono nati nell'ambito della relazione terapeutica, ed al contempo sembra idonea ad inserirsi nel quadro possibile di un sistema che sia strumentale alla protezione e realizzazione della persona costretta a confrontarsi con la propria malattia ed a ricorrere alle cure di professionisti della salute.

Sembra importante sottolineare qual è l'orizzonte della legge. Essa, lo si è già richiamato, non è stata concepita nell'ottica della responsabilità civile o penale (come nel caso della legge Gelli-Bianco), né in quella dell'organizzazione del servizio sanitario nazionale (come nel caso della l. n. 833/1978 e delle successive riforme della normativa nazionale e regionale); probabilmente, la prospettiva principale non è nemmeno quella della disciplina privatistica degli atti o dei fatti⁹⁰ da cui

⁸⁸ Le assonanze tra il testo di legge e le migliori prassi cliniche è evidente anche nel linguaggio prescelto dal legislatore. Ad esempio, il concetto stesso di «pianificazione *condivisa* delle cure», unito alla valorizzazione del fiduciario, era stato sollecitato già da un documento del Comitato Nazionale per la Bioetica, *Dichiarazioni anticipate di trattamento*, parere del 18.12.2003, reperibile in <http://www.governo.it/bioetica/pareri.html>, 6 ss., ove si si richiamava alla necessità di implementare esperienze di «advance health care planning». Più di recente, un tale strumento è stato promosso dal «*Documento condiviso* per una pianificazione delle scelte di cura, *Grandi insufficienze d'organo "end stage": cure intensive o cure palliative?*», promosso dalla S.I.A.A.R.T.I., ed approvato nel corso del 2013 da ben 9 società scientifiche, reperibile in www.siaarti.it (v. in particolare, 4 e 38 ss. per alcune precisazioni sul significato di questo strumento). Quanto all'art. 1, comma 2°, sopra richiamato, si veda il testo quasi corrispondente dell'art. 20, comma 1°, cod. deont. med., di cui in altri passaggi della l. n. 219/2017 si riprende anche il comma 2° (v. in particolare l'art. 1, comma 8°, che statuisce che «il tempo della comunicazione tra medico e paziente è tempo di cura»).

⁸⁹ Sul tema aperto di possibili "obiezioni" di "coscienza" di singoli professionisti e, perfino, di intere strutture, mi pare possano essere utili, per un corretto inquadramento dei problemi, le chiare note di P. BENCIOINI, "Obiezione di coscienza?", in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2015, II, 3 ss. alla sentenza del Cons. di Stato n. 4460/2014, cit.

⁹⁰ Non è, infatti, la disciplina dell'atto di autonomia (sia questo il consenso attuale al trattamento medico o al programma terapeutico o una disposizione destinata a produrre effetti nel tempo futuro), né del contratto di cura (per sé o a favore di terzi) o dell'obbligo di protezione del professionista sanitario che discende dal trovarsi di fronte al paziente incapace di decidere per sé (in particolare, ma non solo, nelle situazioni di urgenza o emergenza) al centro della legge, ma quella del rapporto, indipendentemente dalla fonte dal quale deriva. Questo è esplicitato sin dall'art. 1 che appunto non disciplina direttamente il consenso, ma promuove e valorizza "la relazione di cura e di fiducia" che su quel "consenso informato" di regola si basa. La relazione di cura e di fiducia è, poi, declinata negli altri diversi scenari in cui può svolgersi (dalla pianificazione condivisa di un percorso terapeutico, ove questo sia programmabile, all'urgenza/emergenza, allo stato di incapacità, alle disposizioni anticipate di trattamento).

discendono i reciproci diritti ed obblighi (ed il pensiero del giurista già corre ai diversi possibili intrecci tra reciproci poteri, facoltà, doveri, oneri). Non che questi problemi non esistano, ma non sono quelli al centro dell'intervento legislativo. L'obiettivo del legislatore sembra quello di garantire la fisiologia del *rapporto*, di «promuovere» e «valorizzare» la «*relazione di cura e di fiducia*», che si instaura tra il paziente ed il medico⁹¹, al di là dei problemi che restano aperti dell'accesso a prestazioni sanitarie adeguate, delle eventuali responsabilità penali ed amministrative di chi eroga e gestisce i servizi, e delle possibilità di essere compensati sul piano della responsabilità civile nel caso in cui il paziente subisca un danno ingiusto.

Questo si ricava immediatamente anche dalla cornice di riferimento indicata all'art. 1, comma 1° e 2°, in cui sono individuati i principi, le fonti, i diritti che si realizzano attraverso la "relazione di cura e di fiducia" che si instaura tra "paziente e medico"; ma il quadro si chiarisce e rafforza quando ci si addentra nell'analisi della disciplina.

Il legislatore non prende la via di una precostituzione rigida e generale del rapporto di cura, ma prevede strumenti elastici attraverso i quali la singola relazione possa essere, per l'appunto, "promossa e valorizzata", sia con riferimento alla cornice organizzativa che ai compiti dei privati coinvolti. Medico e paziente sono, in particolare, fotografati in un più ampio contesto che si amplia *soggettivamente* all'«*équipe sanitaria*» da un lato, e, dall'altro, a quei soggetti che il paziente desidera coinvolgere nella relazione: dai «familiari», cui sono equiparati «la parte dell'unione civile o il convivente», alla «persona di fiducia» liberamente scelta dal paziente medesimo.

Il contesto di cura si allarga anche dal punto di vista *oggettivo*, ricomprendendo situazioni diverse che richiedono strumenti adeguatamente differenziati: dalla dimensione "base" del «consenso informato» ad un determinato trattamento o accertamento sanitario che possa essere programmato in una finestra temporale adeguata (con i corrispondenti diritti e doveri di informazione, di consenso, di rifiuto o di rinuncia), dimensione che riguarda anche il caso in cui sia in gioco la «sopravvivenza del paziente», alle situazioni di «emergenza ed urgenza» in cui siano necessarie decisioni rapide per far fronte a situazioni non previste, fino a più complesse condizioni cliniche che richiedano una programmazione protratta nel tempo (v. la pianificazione condivisa delle cure, di cui all'art. 5, ma anche la stessa terapia del dolore di cui all'art. 2), per giungere alla possibilità che il paziente lasci disposizioni anticipate di trattamento la cui attuazione sarà affidata al medico con il tramite del fiduciario, laddove previsto.

In questo contesto, non solo si giustifica, ma anzi può essere valutato in modo positivo l'ampio ricorso ai principi (ed in particolare a quelli enunciati all'art. 1, comma 1°, che valgono in tutti i contesti in cui la relazione di cura si realizza) ed alle clausole generali, come quando ci si richiama in diverso modo alla dimensione della "appropriatezza"⁹² o al "rispetto delle volontà" e alla "valorizzazione delle capacità di comprensione e di decisione" anche per la persona c.d. incapace. Così, la «dignità» compare certamente non nella sua (indefinita) dimensione di diritto, ma in una più

⁹¹ Obiettivo senz'altro congeniale rispetto alla richiamata «antropologia dell'*homo dignus*», alla cui «costruzione» partecipa anche il diritto. V. sul punto *supra*, par. 2 b), e, per riferimenti al pensiero di S. Rodotà, spec. nt. 55.

⁹² V. sul punto ad esempio P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in corso di pubblicazione in *Nuova giur. civ., comm.*, II, 2, 2018.

coerente funzione di clausola generale, quando il legislatore ricorda che le decisioni sul paziente (anche quando non in grado di decidere su di sé) devono avvenire «nel pieno rispetto della sua dignità», costringendo ad una continua e faticosa riconduzione dei problemi della vita al sistema. Un esempio per tutti: che fare di fronte al rifiuto di una trasfusione di sangue salvavita da parte di un minore sedicenne, rifiuto fondato su sue solide convinzioni religiose? Cosa permette/impone di fare l'ordinamento giuridico? Quali gli strumenti a disposizione? Dove il diritto può/deve arrivare e dove arrestarsi? In che modo possono contemperarsi in questo caso i principi di eguaglianza e di libertà? Come il personalismo incontra la solidarietà? In altre parole, come «rispettare la dignità della persona» mettendo quel determinato paziente al centro del sistema?

c- *“La fatica della leggerezza” nella l. n. 219/2017.*

La solo accennata struttura della legge ed il piccolo esempio ora richiamato ci porta al quesito più delicato rispetto all'analisi qui svolta: è il diritto utilizzato dal legislatore un diritto abbastanza leggero⁹³?

Da questo punto di vista, preoccupano alcune pesantezze del testo normativo che riguardano, in particolare, le *formalità* richieste per l'espressione delle volontà del paziente (artt. 1, commi 3°, 4°, 5°, 11°; 2, comma 3°; 4; 5, comma 4° e 5°; 6) e la disciplina prevista all'art. 3, con una rubrica “Minori e incapaci”, che è già indicativa di una certa fretta nell'affrontare il nodo delle decisioni di cura che riguardano le *persone non autonome* (o non completamente autonome), siano esse minori o maggiori di età.

Quanto al problema della *forma*, le conseguenze dell'applicazione della legge rispetto alla qualità del rapporto di cura potranno variare molto in base al metodo interpretativo utilizzato da chi dovrà attuarla. Nella prospettiva qui indicata sarà cruciale che al centro dell'attenzione dell'interprete vi sia il primo inciso di sostanza dell'art. 1, comma 4°, secondo cui il «consenso informato» è «acquisito nei modi e con gli strumenti *più consoni alle condizioni del paziente*», e solo in via strumentale «*documentato con determinate forme*» (forma scritta o videoregistrazione o dispositivi che consentano la comunicazione alla persona con disabilità), e con altre forme *pubblicizzato* (inserimento nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico).

Partire dal problema della vita, dunque, e riconnetterlo alle norme, viste anche nel loro insieme, e non viceversa. La domanda guida per chi interpreterà/applicherà la legge non dovrebbe, in altri termini, essere così posta: in quali delle categorie tradizionali (forma *ad substantiam* o *ad probationem*; pubblicità costitutiva, dichiarativa, notizia) rientrano le previsioni di forma e documentazione richieste? Ma semmai: quali tra le categorie tradizionali è più idonea a far sì che le volontà del paziente siano «rispettate», ed in che modo la legge richiede che categorie previste ad altri fini siano adattate/ripensate⁹⁴?

In questi termini bisognerà, ad esempio, rispondere alle seguenti domande: cosa succede se le volontà raccolte secondo le modalità previste dall'art. 1, comma 4°, non sono poi inserite dal medico

⁹³ Nel già richiamato senso proposto da Rodotà di una legislazione che introduca «regole di compatibilità» e non di supremazia tra i diversi punti di vista della società plurale e dunque una legislazione «aperta», «elastica», «leggera» (v. per questa citazione S. RODOTÀ, *Modelli culturali e orizzonti della bioetica*, cit., 430). V. meglio *supra*, par. 2 c) e per i riferimenti bibliografici spec. nt. 59.

⁹⁴ Per alcune sempre valide indicazioni metodologiche v. ancora S. RODOTÀ, *Lo specchio di Stendhal*, cit., spec. 8 e 15 s. V. anche, con chiarezza S. RODOTÀ, *Editoriale, La dimensione internazionale della “privacy”*, cit., 5.

nella cartella clinica o nel fascicolo sanitario elettronico? E che dire delle volontà raccolte dal medico di medicina generale che non disponga del fascicolo sanitario elettronico, ma inserisca la volontà raccolta nella «scheda sanitaria individuale»? E se, ancora, della volontà raccolta si dia conto nella cartella clinica, ma manchi la forma scritta, o altra sostitutiva, per rispetto della condizione di sofferenza del paziente, sarà possibile ritenere validamente acquisito quel consenso, posto che il principio è quello che il consenso va «acquisito con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente» e che, sul piano delle regole, la cartella clinica è un «atto pubblico»?

Problemi ancor più seri potranno sorgere rispetto ai vincoli posti alle DAT.

Anche sul punto la l. n. 219/2017, a fronte di una tecnica legislativa apparentemente volta a limitare la forma, giunge, in realtà, a prevedere un ventaglio formale abbastanza ampio. La complessità del dettato normativo potrà portare però a diversi dubbi sia quanto al rispetto dei *requisiti di forma e di pubblicità* richiesti (e sulle modalità di accesso ai documenti e di eventuale coordinamento tra manifestazioni di volontà contrastanti), che con riferimento al rispetto dei *requisiti di capacità* (il legislatore parla di *capacità* di intendere e di volere, *in positivo*, facendo sorgere il problema se sia necessario dimostrare, di volta in volta, tale requisito, e in questo caso da parte di chi, o se il disponente si possa avvalere della presunzione di capacità legale di cui gode la persona maggiore di età nella sfera dei traffici giuridici regolati dal codice civile) e dei requisiti “rafforzativi” della volontà (v. la necessità di «aver acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle [proprie] scelte», attraverso cui l’art. 4, comma 1°, tende a promuovere espressioni di volontà sufficientemente consapevoli) che potranno mettere in difficoltà il personale sanitario chiamato a rispettare le disposizioni lasciate dal paziente.

Questa breve ricognizione delle questioni poste per la validità ed efficacia delle DAT fa emergere quello che mi pare il vero punto critico della disciplina: cosa succede se la persona non può⁹⁵ o non vuole⁹⁶ lasciare direttive, programmare terapie, indicare un fiduciario, o se ci sono difficoltà o dubbi formali rispetto a volontà comunque espresse⁹⁷? È il medico totalmente svincolato rispetto alle indicazioni che provengono dal paziente?

⁹⁵ Si pensi, per intenderci, al caso emblematico in cui la persona si trovi in stato vegetativo permanente senza avere lasciato DAT. Una soluzione come quella proposta dalla sentenza Cass. n. 21748/2017 sarebbe in altri termini, ancora, possibile?

⁹⁶ Un caso quasi di scuola è quello deciso dal giudice tutelare di Reggio Emilia, in cui una signora affetta da una grave malattia degenerativa non aveva lasciato direttive, né proceduto a pianificare le sue cure. Questo atteggiamento era congruente con il modo in cui la stessa aveva affrontato la sua malattia. Secondo la attenta ricostruzione operata dal giudice, infatti, dal contesto complessivo emergeva una chiara consapevolezza della donna della sua malattia e della gravità della stessa, ma, insieme, una negazione della sua irreversibilità che le impedì di affrontare l’argomento della morte con le persone più care. Ciononostante, il giudice ritiene di poter valorizzare una serie di elementi precisi, chiari e concordanti circa la “volontà presunta” della donna ed autorizza l’amministratore di sostegno, in vista dell’imminente peggioramento delle condizioni respiratorie della beneficiaria, a procedere con la sola terapia palliativa, senza procedere a interventi invasivi di intubazione e ventilazione meccanica.

⁹⁷ Per un esempio eclatante ispirato alla realtà (v. quello deciso dal G. tut. del Trib. Roma, 21.12.2005, in *Fam. e dir.*, 5, 2006, 524 s., con nota di R. CAMPIONE), ipotizziamo il caso di un paziente, Testimone di Geova, con responsabilità anche pastorali, di cui siano note le posizioni contrarie alla trasfusione di sangue, che tenga con sé la sua scrittura privata autenticata nel portafoglio e che non abbia ancora potuto depositarla in Comune o presso la struttura sanitaria. Questi finisce in pronto soccorso a seguito di una violenta rapina, privato

La legge nulla dice, ma si deve ritenere che, anche in assenza di valide ed efficaci dichiarazioni anticipate di trattamento o di una pianificazione condivisa della cura, ove il fiduciario, i familiari, l'eventuale amministratore di sostegno, ed attraverso di loro i medici e l'équipe sanitaria, siano a conoscenza di preferenze o desideri espressi dal paziente prima che sopravvenisse lo stato di incapacità, questi dovranno essere "vincolanti", nella misura in cui permettano di individuare la scelta più adeguata a quel paziente. Questa soluzione è quella più coerente con una interpretazione sistematica della legge n. 219/2017.

Sono determinanti non solo i riferimenti costituzionali e sovranazionali di cui all'art. 1, comma 1°, ma lo stesso canone di appropriatezza/proporzionalità delle cure (v. in particolare gli artt. 2, comma 1° e 2°, e 3, comma 5°). Ne deriva che le stesse «devono essere "a misura" della persona e non solo della catalogazione clinica della sua patologia. La valutazione di sofferenza, svantaggi e rischi deve includere la prospettiva del singolo paziente»⁹⁸. La necessità di applicare questo principio anche al paziente non più autonomo discende, oltre che dalla attuazione dell'art. 3 Cost., dal coordinamento dell'art. 3 della l. n. 219/2017 con i criteri alla base del più complessivo sistema di protezione delle persone non autonome (artt. 404 ss. c.c.)⁹⁹.

Ed eccoci all'altro nodo problematico della legge: quello della disciplina riguardante la "capacità". Si sono, in proposito, già richiamate le perplessità rispetto al riduzionismo introdotto dalla rubrica dell'art. 3. Il legislatore sembra aver trascurato che l'"incapacità di agire" è sempre meno considerata come assimilabile ad uno "status" generale della persona¹⁰⁰ ed è ormai vista, anche in ottemperanza agli obblighi internazionali, come una tra le misure di protezione per la persona priva in tutto o in parte di autonomia.

Quanto ai contenuti, il comma 1° (inserito nell'ultima fase del dibattito) è particolarmente opportuno nell'individuare i criteri di riferimento nelle scelte che riguardano tanto la persona minore quanto l'adulto c.d. incapace.

appunto del suo portafoglio. Potranno le sue volontà, testimoniate dai familiari più stretti e confermate da altri indizi precisi e concordanti, essere rispettate?

⁹⁸ P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, cit.

⁹⁹ Il già richiamato disegno di legge Manconi opportunamente prevedeva, con una disposizione di chiusura elastica, all'art. 21 che «Il medico responsabile e chiunque assista la persona incapace o non in grado di autodeterminarsi devono, anche in assenza di disposizioni anticipate, assicurare alla persona il pieno rispetto di quanto caratterizza la sua identità e a tal fine devono tenere 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». Si tratta di una soluzione non distante da quella accolta in Germania (v. il § 1901a del BGB) o nel *Mental Capacity Act* inglese (v. in particolare i criteri indicati alla sec. 4, *Best interests* per il caso in cui la persona non si in grado di prendere le decisioni che la riguardano).

¹⁰⁰ Ciò è particolarmente evidente nei commi 3° e 4° che non tengono adeguatamente conto della riforma (ormai risalente alla l. n. 6/2004) che ha conferito ad interdizione ed inabilitazione un ruolo residuale (per alcune considerazioni sui possibili profili di legittimità costituzionalità dei tradizionali istituti, anche alla luce dell'entrata in vigore nel nostro ordinamento della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, adottata a New York il 13 dicembre 2006, e ratificata con l. n. 18/2009, si rinvia a M. PICCINNI, *Gli adulti privi in tutto o in parte di autonomia*, in *La persona fisica*, cit., 512 ss.).

Rispetto alla posizione dell'adulto i non lineari commi 3°-5° lasciano aperte diverse questioni di coordinamento tra la disciplina qui introdotta e le regole generali che riguardano le misure di protezione delle persone non autonome.

Le norme che si riferiscono al minore di età paiono nel complesso più adeguate, anche se è mancato il coraggio di utilizzare la clausola generale dell'“interesse del minore” che sarebbe stata la naturale prosecuzione del comma 1° dell'art. 3, in aderenza alle più recenti riforme codicistiche (v. in particolare gli artt. 315 *bis* e 316 c.c.).

Più in generale, il vincolo allo «scopo di tutelare la salute psicofisica» e «la vita» dell'“incapace” (minore o adulto che sia) «nel pieno rispetto della sua dignità» era forse l'unica soluzione tecnica compatibile con la tempesta politica, ma lascia aperti alcuni quesiti¹⁰¹. È ancora la realtà della malattia e della sofferenza a chiedere risposte.

Solo un ultimo esempio: che fare di fronte ad un adolescente che voglia rinunciare ad un nuovo ciclo di chemioterapia o che chieda di interrompere una chemioterapia che non sta dando la risposta attesa? Sarà possibile non avviare la chemioterapia o sospenderla, se ci si convinca che nel caso concreto l'intervento è sproporzionato, anche se la conseguenza certa sarà la morte del paziente? E che fare nel caso di contrasto tra i vari soggetti coinvolti? A chi dovrà/potrà spettare l'ultima parola?

Il quesito più generale è, in particolare, il seguente: potrà il richiamo al concetto elastico della dignità arginare le scelte che tutelino la vita ad ogni costo, anche quando calpestino l'integrità della persona?

Nella prospettiva qui seguita, una precisazione è d'obbligo sul ruolo delle clausole generali. Le stesse sono uno strumento di certezza “possibile” del diritto nelle società plurali, se servono a dare spazio a diverse sensibilità, ma diventano strumenti pericolosi se conducono alla disegualianza (forse un *lapsus* il mancato richiamo dell'art. 1, comma 1° della l. n. 219/2017 all'art. 3 Cost.?). Ciò detto, se il riferimento alla dignità sarà inteso, tanto per il minore quanto per l'adulto non autonomo (che non abbia lasciato DAT o non abbia potuto pianificare in anticipo il suo percorso terapeutico) nel sopra richiamato senso di garanzia di un “nuovo *habeas corpus*” si potrà ripristinare una situazione di eguaglianza ragionevole tra la persona capace di agire e chi, pur non avendo la (piena) capacità di agire, ha un'adeguata capacità di autodeterminarsi¹⁰².

Si rende necessaria in chiusura di questa riflessione qualche breve considerazione circa la più volte accennata dimensione “impegnativa”, “faticosa” propria della legge n. 219/2017.

La legge promette molto in termini di diritti e di riconoscimento delle rispettive posizioni esistenziali (paziente, cittadino) e professionali (medici, e più in generale, professionisti sanitari), ma proprio per questo è altrettanto impegnativa¹⁰³ per chi dovrà attuarla.

¹⁰¹ V. sul punto le considerazioni di P. ZATTI, *La via (crucis) verso un diritto della relazione di cura*, cit., 13 ss. quanto alle traversie dell'art. 3 nell'iter dell'approvazione parlamentare.

¹⁰² Per alcune preziose riflessioni sul punto v. già G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, cit., 59 ss. ed E. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute*, cit., 222 ss.

¹⁰³ Sull'importanza della dimensione dell'impegno del giurista nella riflessione di S. Rodotà, v. da ult. anche M.R. MARELLA, *Stefano Rodotà e la “Rivista Critica del Diritto Privato”*, cit., XV ss. Quanto alle preoccupazioni ed all'impegno che riguardano l'attuazione della l. n. 219/2017, v. P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, cit.

Qui emerge uno degli aspetti più “critici” rispetto all’impatto della legge sulla pratica clinica: mentre, da un lato, il servizio sanitario nazionale corre il rischio di trasformarsi in *sistema* burocratizzato e standardizzato; e, dall’altro, la responsabilità medica si espande, e correlate pratiche di rapporti, “difensive” e “pretensive”, continuano ad imperare, il legislatore torna a mettere al centro della disciplina la relazione di cura e di fiducia tra paziente e professionista.

Rispetto al giudizio sull’impatto della legge sulla pratica clinica – giudizio necessariamente sospeso nell’attesa della sua attuazione – sarà, dunque, cruciale non solo la formazione degli operatori (sanitari e giuridici) e l’utilizzo più o meno consapevole degli strumenti previsti da parte dei cittadini, ma anche l’impegno di chi è responsabile dell’organizzazione dei servizi nella predisposizione di buoni strumenti organizzativi.

Anche per il privatista diviene, in definitiva, ineludibile il problema della garanzia del diritto alla salute attraverso la costruzione ed implementazione di un servizio sanitario *adeguato*¹⁰⁴. Questione sempre più connessa ad altra, che anche lo studioso di diritto pubblico ormai è costretto a porsi: come costruire e garantire lo spazio privato. In questo senso può prendersi sul serio il “programma” stilato dal Consiglio di Stato per un «moderno diritto amministrativo prestazionale». Questo, nel porre al centro la persona del malato nella sua globalità, rende la prestazione sanitaria una «*prestazione positiva 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* 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»¹⁰⁵. Questa sorta di manifesto, non a caso, è stato dettato in una vicenda che ha riguardato l’attuazione del diritto alla prestazione sanitaria, come diritto di prestazione positiva, connessa ad una libertà negativa.

Se, dunque, «la funzione ordinatrice del diritto è maggiormente esaltata (...) proprio rispetto a ciò che ancora non s’è compiutamente delineato»¹⁰⁶, questa mi pare la vera sfida per il futuro, futuro cui Stefano Rodotà ci invita a guardare con fiducia, anche nelle comunità di appartenenza, e che potrebbe costruirsi lungo «il filo della costituzionalizzazione della persona»¹⁰⁷, che ridefinisce ed insieme accomuna i diversi ambiti di ricerca che ruotano attorno al biodiritto.

¹⁰⁴ Anche su questo versante può essere importante la prospettiva di Stefano Rodotà sull’indivisibilità dei valori fondanti della nostra Costituzione, utilizzata come punto di partenza per una rinnovata riflessione sui diritti sociali, non più separati da altre categorie o generazioni di diritti. V. ad esempio S. RODOTÀ, *Editoriale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 2011, spec. 6 ss. (ora in *Raccolta*, cit., 31 ss., con il titolo *Condizioni materiali e diritti della persona*), in cui l’Autore insiste sulla necessità di una «nuova sistematica», centrale anche per individuare nel concreto il rapporto tra salute, autodeterminazione e dignità in medicina. Per qualche spunto sul tema, v. S. RODOTÀ, *Editoriale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 2014, 3 ss. (ora in *Raccolta*, cit., 47 ss., con il titolo *Crescita e benessere*) e S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Bari-Roma, 2014, spec. 76 ss.

¹⁰⁵ Così Cons. Stato, n. 4460/2014, punto 57.5 (corsivi aggiunti), cit.

¹⁰⁶ S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche*, cit., spec. 89 e 99.

¹⁰⁷ S. RODOTÀ, *Editoriale*, *La dimensione internazionale della “privacy”*, cit., 6.