

Andrea Nicolussi

*Beni relazionali e diritto dei rapporti etico-sociali*

La parola appartiene per metà a chi parla e per metà a chi ascolta.  
(Montaigne, *Saggi*)

1. “Beni relazionali” e diritto costituzionalizzato. I “rapporti etico-sociali” e le spinte libertarie alla decostituzionalizzazione

L'espressione beni relazionali non appartiene alla tassonomia tradizionale del diritto civile<sup>1</sup>. Tuttavia, se la formula mira a presentare la dimensione relazionale come bene, si può riconoscere che i diritti e i doveri, quali elementi essenziali del discorso giuridico, sono concepiti dalla nostra Costituzione come riferibili all'uomo proprio quale essere in relazione con gli altri. Basti citare gli artt. 2 e 3: nel primo i diritti inviolabili sono correlati ai doveri inderogabili di solidarietà e messi in rapporto con le formazioni sociali in cui l'uomo sviluppa la sua persona mentre, nel secondo, l'uguaglianza viene descritta come pari dignità sociale. Inoltre, la prima parte della Costituzione è suddivisa in due titoli, il secondo dei quali è rivolto precisamente ai *rapporti etico-sociali* in cui spiccano i primi tre articoli dedicati direttamente alla famiglia e il successivo art. 32 che tutela la salute come diritto inviolabile dell'individuo e interesse della collettività. Del resto, anche la proprietà, che potrebbe sembrare un diritto di per sé individualista, è riconosciuta dalla Costituzione come avente una funzione sociale, coerentemente peraltro con una visione generale dei rapporti economici orientata a dare spazio a profili di solidarietà. Si pensi all'art. 37 Cost. che, tradotto in parole del linguaggio contemporaneo, è rivolto a promuovere la conciliazione tra lavoro e famiglia. E anche l'art. 36 si pone chiaramente in questa direzione quando prevede il diritto indisponibile del lavoratore al riposo settimanale e alle ferie, oltre che a una retribuzione che assicuri non solo a sé ma anche alla propria famiglia un'esistenza libera e dignitosa. La qualifica *indi-*

1 Si allude con l'espressione beni relazionali ai concetti sviluppati da Martha Nussbaum, *The Fragility of Goodness: Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, part. 2, sec. ed., Cambridge University Press, Cambridge 1986, e P. Donati e R. Solci, *I beni relazionali. Che cosa sono e quali effetti producono*, Bollati Boringhieri, Torino, 2011 su cui vedi L. Bruni, *Relational Goods, A new Tool for an Old Issue*, in «Ecos», 3, pp. 173 ss. La formula beni relazionali sembra in realtà essere stata coniata da Gui. Ringrazio Bruno Montanari e Paolo Heritier per l'insistenza affettuosa con la quale mi hanno indotto a queste riflessioni che intercettano sentieri da me già percorsi, ma da un diverso punto di vista.

*sponibile*<sup>2</sup>, che in tutta la Costituzione viene riferita espressamente soltanto al diritto al riposo settimanale e alle ferie, non può rimanere inosservata. Infatti la garanzia costituzionale di questo diritto alla discontinuità tra tempo lavorativo e tempo dell'intimità domestica è indice di una sensibilità aperta alle esigenze profonde della vita personale. Essa può essere vista non solo come una tutela indiretta della salute delle persone, ma anche come condizione essenziale dell'autonomia della persona e delle relazioni familiari richiamate nello stesso articolo e in quello successivo: queste relazioni, come in generale le relazioni significative, hanno indiscutibilmente bisogno del distacco e quindi di un proprio tempo.

Ma poiché è il diritto stesso come dimensione relazionale e riflessiva ad aver bisogno del tempo, la norma costituzionale in parola sottolinea una questione strutturale ancora più generale. Ciò è evidente nell'epoca contemporanea segnata da una forte accelerazione dei ritmi di vita impressa anche dalla pervasività della tecnica e dal correlativo mito della perenne connessione. In queste condizioni la garanzia costituzionale della discontinuità tra l'*ora* e il *labora* – se così si può dire anche fuori dal piano religioso – ci interpella sulla medesima fonte giuridica da cui quella garanzia promana, dato che è la stessa istituzione del diritto che ha bisogno del distacco e della riflessione necessaria per la comprensione e la qualificazione giuridica dei fatti che mira a disciplinare. In altre parole, la possibilità di pensare le relazioni personali come bene, ossia come valore da tutelare, rimanda a una questione culturale generale riguardo al riconoscimento che la società è disposta a offrire al diritto come organizzazione della convivenza civile. Il diritto, del resto, non ha strumenti per intervenire direttamente sulla qualità intrinseca delle relazioni, ma, in presenza dei requisiti necessari tra cui il tempo, ha semmai il compito di istituire forme giuridiche all'interno delle quali le relazioni siano meno ostacolate e il più possibile libere di fiorire.

In questi appunti, si tenterà di osservare la strana tensione nel diritto contemporaneo tra le formule e i principi generali del diritto costituzionalizzato e l'operazione culturale in atto che in estrema sintesi consiste in un tentativo di riscrittura in senso libertario dei rapporti etico-sociali previsti dalla nostra Costituzione: la visione personalista e quindi relazionale che ne è alla base verrebbe scalzata, in tale prospettiva, da una *self-ownership* autoreferenziale e insofferente verso ogni limite al potere di disposizione e da una concezione del bene della relazione come semplice mezzo della felicità individuale. Non è difficile cogliere che questa operazione culturale si muove in buona sintonia con l'evoluzione antisolidale dei rapporti economici e l'impatto sociale delle nuove tecnologie: quasi come una tavola da surf sull'onda di forze orientate in una direzione già impressa.

2 Per la precisione l'indisponibilità è declinata nella non rinunziabilità del diritto: "Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi".

## 2. Contratto e buona fede, matrimonio e istituzione familiare.

Ritornando al punto di vista della forma giuridica, e in particolare considerando gli istituti tradizionali del diritto civile, si può constatare che il bene della relazione non è ignorato benché l'antropologia del diritto civile ereditato dall'800 sia stata etichettata come all'insegna della figura del proprietario possessivo e individualista<sup>3</sup>. In realtà, la dimensione relazionale è tenuta presente non soltanto nel diritto di famiglia, che pur rappresenta il campo elettivo della dimensione relazionale in quanto tale e in un certo senso il motore di una cultura relazionale, ma – sebbene in modo radicalmente diverso – una certa rilevanza alla relazione è assegnata anche nei semplici rapporti obbligatori. Fin dal diritto romano, infatti, il diritto delle obbligazioni e dei contratti non viene concepito come disciplina di puri e semplici conflitti d'interessi, ma è animato anche dal principio della buona fede, il quale protegge gli affidamenti che una relazione è in grado di generare. Il presupposto di fondo è che le relazioni hanno bisogno della fiducia reciproca tra le persone e quindi di un minimo di lingua etica comune pure quando la materia degli interessi è di natura economica. Tradizionalmente perciò il diritto è chiamato a sostenere questa dimensione. Inoltre, il rapporto contrattuale non è soltanto il frutto di un accordo prodotto da un agire comunicativo strategico delle parti protese a vincolarsi reciprocamente al migliore affare secondo il rispettivo e opposto punto di vista. Certo, le trattative hanno indiscutibilmente una dimensione *adversarial*, ma sono comunque già esse stesse sottoposte al principio di buona fede. Inoltre, il contenuto del contratto ammette una integrazione di regole legali e la possibilità di un giudizio d'equità (art. 1374 c.c.): del resto, nell'attingere la dimensione giuridica il contratto deve accettare la terzietà del diritto e quindi una prescrittività fondata su ragioni universalizzabili. Infine, specialmente se il contratto è rivolto a istituire una relazione di una certa durata, non è possibile al momento della conclusione prevedere tutte le situazioni che si verificheranno, onde la clausola generale della buona fede fornisce una direttiva di comportamento basata proprio sugli affidamenti suscitati reciprocamente nelle concrete situazioni che si possono determinare (1375 c.c.).

Naturalmente tra la logica del contratto e quella dei rapporti familiari c'è o dovrebbe esserci una differenza essenziale. Il contratto, specialmente per come è venuto connotandosi nella modernità, rappresenta il tipico strumento di regolazione di rapporti economici ed è segnato dagli interessi che rispettivamente sollecitano le parti al contratto stesso. In altre parole, il contratto, pur ammettendo una componente di fiducia reciproca, è dominato dall'idea che la relazione è strumentale principalmente, anche se non esclusivamente, alla soddisfazione degli interessi che le parti assumono come oggetto. In tale ottica, il contratto può essere visto come fattore o cifra della relazione sociale strumentale in senso kantiano: le parti si trattano reciprocamente *anche* come mezzi, benché *non solo* come mezzi, dovendo

3 Occorre peraltro rilevare che la categoria dell'individualista possessivo è stata pensata soprattutto con riferimento al contesto inglese: cfr. C.B. Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism (Hobbes to Locke)*, Clarendon Press, Oxford 1962.

pure, nello stesso tempo, rispettare reciprocamente l'umanità di ciascuno<sup>4</sup>. Pertanto il contratto è improntato principalmente alla logica del *do ut des*, sebbene non possa risolversi in un'autonomia arbitraria, e ciò specialmente quando è in gioco la persona. Si pensi a due ambiti fondamentali, il lavoro e la salute. L'art. 2087 c.c. prevede che il datore di lavoro deve organizzare le condizioni di lavoro in modo da rispettare l'integrità fisica e morale del lavoratore. E l'art. 32, co. 2, Cost. regola i rapporti sanitari sulla base del principio del rispetto della persona umana. In definitiva, negli ordinamenti giuridici che non hanno ripudiato il principio della dignità umana nemmeno il contratto può essere declinato nei termini di una autonomia di stampo libertario, incompatibile col principio di buona fede e con la dignità delle persone che ne sono parti.

Ma la relazione in quanto tale dovrebbe essere proprio il fine del matrimonio, almeno finché quest'ultimo rimane pensato all'interno della concezione istituzionale, e non scade a contratto. Anche il contratto del resto è sempre a rischio di de-eticizzarsi o quantomeno appiattirsi sul paradigma degli *spotcontracts* il cui modello, il contratto di vendita, riduce la relazione al minimo<sup>5</sup>. Proprio su questo crinale sembra giocare infatti lo stesso destino dei principi costituzionali sintetizzati nella formula *rapporti etico-sociali*, messi a rischio da una sorta di imperialismo del contratto e dalla logica puramente commutativa. Il modello antropologico dell'individualista possessivo, veicolato dalla logica proprietaria, tende, infatti, a espandersi in senso totalizzante all'insegna di una idea di onnidisponibilità che pervade anche la dimensione personale<sup>6</sup>.

È in tale prospettiva, sostanzialmente deconstituzionalizzante, che viene sollecitata una ridefinizione soggettivistica e contrattualistica dei valori espressi nelle norme costituzionali sul matrimonio (art. 29), la filiazione (art. 30) e la salute (art. 32) rimpiazzati dal principio di autodeterminazione concepito in senso radicale e quindi assolutizzante.

Partendo dal matrimonio, quest'ultimo viene ripensato come un'associazione di due individui che riceve senso e valore nella misura del servizio reso a ciascuno come mezzo per massimizzare la propria felicità. Di qui una metamorfosi dell'istituto che da atto costitutivo dell'unione coniugale, cioè di una comunione di vita, tende a contrattualizzarsi in atto costitutivo di un rapporto di scambio funzionale

4 Sul principio di dignità umana e l'interpretazione kantiana, cfr. G. Prauss, *Moral und Recht im Staat nach Kant und Hegel*, Karl Alber, Freiburg-München 2008.

5 Sulla tematica, cfr. da ultimo L. Nogler, U. Reifner (eds.), *Life Time Contracts*, Eleven International Publishing, The Hague 2014, anche con un mio contributo, *Etica del contratto e contratti di durata per l'esistenza della persona*, ivi, pp. 128 ss.

6 Secondo L. Lombardi Vallauri, *Riduzionismo e oltre*, CEDAM, Padova 2002, p. 159, "in un orizzonte riduzionista l'uomo non incontra di fronte a sé niente di indisponibile. E quindi può (eticamente) disporre del proprio corpo e della propria vita in tutti i modi che la voglia o la volontà gli suggeriscono". Questa tendenza alla soggettivazione dei valori porta a una situazione culturale con riguardo alla quale si potrebbe dire, prendendo a prestito le parole di un filosofo, che allora "quando tutto ha valore perché è scelto, nulla è scelto perché ha valore": L. Alici, *Metamorfosi della libertà tra moderno e postmoderno*, in L. Alici, F. Botturi, R. Mancini, *Per una libertà responsabile*, Edizioni Messaggero, Padova 2000, p. 70.

al “diritto alla felicità” in senso individuale di ciascuno dei partner. Per questa via il rapporto si rende sempre più precario, perché la promessa di comunione di vita viene contraddetta da un diritto di recesso *ad libitum* (una sorta di ripudio contemporaneo) che ognuno può far valere quando reputa che la sua personale felicità si possa realizzare altrove, e anche a scapito dei figli che nel frattempo siano nati. Invero, è mancata finora un’analisi sistematica del “diritto alla felicità” e dei suoi limiti<sup>7</sup> o, se vogliamo, una comprensione solidale del diritto alla felicità con cui sarebbe coerente una concezione neo-istituzionale, non contrattuale, della famiglia.

Sul piano culturale, occorre peraltro segnalare come al diffondersi della prospettiva contrattualistica non abbia fatto riscontro un aggiornamento della concezione istituzionale, spesso ridotta alla sua rappresentazione di fine Ottocento/inizio Novecento, ossia a un’idea di istituzione connotata da elementi organicistici e di stampo patriarcale e quindi gerarchicamente strutturata. In Italia la versione scientificamente più accreditata in tal senso è la dottrina neohegeliana di Cicu che reputava logicamente necessario concepire l’interesse familiare come interesse superiore rispetto ai membri della famiglia<sup>8</sup>. Ma postulare un interesse superiore fa supporre un soggetto diverso dai membri della famiglia a cui riferire tale interesse, ipostatizzando in tal modo la famiglia: essa, in altri termini, viene fatta risultare alla stregua di un soggetto a sé stante e talora l’interesse superiore viene pensato addirittura come un interesse pubblico, quindi trascendente la stessa famiglia. Così anche le relazioni all’interno della famiglia rischiano di perdere la loro rilevanza centrale, e ha buon gioco la critica anti-istituzionale a denunciare il rischio di una strumentalizzazione delle persone sull’altare dell’«idolo vano» della famiglia.

Tuttavia, questa concezione istituzionale non sembra né compatibile con il personalismo costituzionale né peraltro è necessaria all’idea di istituzione. L’idea istituzionale può invece incardinarsi sul principio di solidarietà col quale si dovrebbe mettere in relazione non l’idea della felicità puramente individuale, ma l’idea di una felicità sensibile alle vicende familiari e quindi non indipendente nel suo darsi dalla condizione di partecipazione al gruppo. Non è quindi necessario postulare interessi superiori, in quanto riferibili a un’entità estranea, ma piuttosto interessi solidaristici come espressione di interessi che ai fini della loro realizzazione si legano a quelli degli altri: non posso, in quest’ottica, rendermi felice puramente a scapito della felicità di un mio familiare. In questo modo, si evita di rappresentare la famiglia come un organismo che tende a mortificare il principio di dignità uma-

7 Lo rileva L. Mengoni, *L'impronta del modello canonico sul matrimonio civile nell'esperienza giuridica e nella prassi sociale attuale nella cultura europea*, in Id., *Scritti* (a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi), vol. I, *Metodo e teoria giuridica*, Giuffrè, Milano 2011, p. 364.

8 Cfr. A. Cicu, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Athenaeum, Roma 1914, rist. Forni, Bologna 1978, pp. 85 s., 106 s., il quale peraltro preferiva il concetto di rapporto organico rispetto a quello di istituzione: cfr. A. Cicu, *Matrimonio e seminarium*, in *Scritti minori*, Giuffrè, Milano 1965, p. 224 nota 51.

na, perché strumentalizza le persone nel senso opposto in cui le persone vengono strumentalizzate dalla concezione contrattualistica<sup>9</sup>.

Come sottolinea Mengoni, riprendendo il pensiero di Santi Romano, al concetto di istituzione non appartiene come elemento essenziale la presenza di un capo e pertanto non vi è ostacolo ad impiegare tale categoria anche per spiegare la famiglia paritaria. Alla concezione vetero-istituzionale, di stampo gerarchico, ossia patriarcale, la Costituzione sostituisce una concezione neo-istituzionale: “una struttura paritaria – dice Mengoni – della quale criterio organizzativo è la relazione di solidarietà che lega gli interessi individuali in ragione della dipendenza della loro realizzazione dalla condizione di partecipazione al gruppo, e quindi dalla stabilità del gruppo fondata sul matrimonio. La lettura dell’art. 29 nel quadro dell’art. 2 ottiene così un altro guadagno ermeneutico: l’identificazione dell’unità della famiglia con l’accordo dei coniugi, implicita nel principio di eguaglianza, viene mediata dal principio di solidarietà. Nell’unità della famiglia il fine di ciascuno dei membri diventa lo sviluppo e la felicità dell’altro, e in questo senso i diritti dei membri della famiglia si esprimono, giusta la formula dell’art. 29, come ‘diritti della famiglia’”<sup>10</sup>.

Del resto, la scelta costituzionale di assumere la famiglia come primo valore dei rapporti etico-sociali non dovrebbe essere sottovalutata. Non sembra soltanto un riconoscimento della preesistenza, della “naturalità” della famiglia rispetto all’organizzazione statale, e quindi una presa di posizione contro tentativi di ingegneria sociale che la mortifichino. L’istituzionalizzazione della famiglia sottende altresì una certa idea complessiva della società e delle sue matrici, vista non solo o non tanto come l’esito di un contratto sociale che, al di là del suo carattere finzionistico, si rivela incapace di comprendere le ragioni della solidarietà dei forti nei confronti dei deboli. Sottolineare la centralità dell’esperienza familiare significa ricordare che l’essere umano come “volente non volutosi”<sup>11</sup>, come figlio di qualcuno, nasce in un contesto relazionale e, nel poco o tanto che riceve dai suoi genitori o da chi

9 Riprendendo il pensiero di Luigi Mengoni, ho esposto l’idea di una concezione neo-istituzionale della famiglia in A. Nicolussi, *Diritto di famiglia e nuove letture della Costituzione*, in F. D’Agostino (a cura di), *Valori costituzionali. Per i sessant’anni della Costituzione italiana*, Atti del Convegno, Roma, 5-7 dicembre 2008, Giuffrè, Milano 2010, pp. 160 ss., e in A. Nicolussi, *La famiglia: una concezione neo-istituzionale?*, in «Europa e diritto privato», 2012, pp. 169 ss. L’idea neo-istituzionale del matrimonio è stata approfondita monograficamente da A. Renda, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Giuffrè, Milano 2013.

10 L. Mengoni, *La famiglia in una società complessa*, in «Iustitia», 1990, p. 12.

11 Si prende a prestito evidentemente la formula di P. Piovani, *Il volente non volutosi*, in *Per una filosofia della morale* (a cura di F. Tessoro), Bompiani, Milano 2010, p. 658 ss.: “immerso nella profondità della mia memoria, per quanto lunga mi appaia la catena del mio ancoraggio, confusamente tastando anello per anello, devo sospendere il mio volermi ricostruire, devo fermarmi a una data condizione originaria, a una constatazione che sta alla base della stessa constatazione esistenziale: *io che voglio, non mi sono voluto*. Imparando a capire sempre meglio come sono fatto, posso scandagliare il mio esperire; ma il mio non essermi voluto permane con l’inesorabile certezza della sua dura datità” (p. 679). Similmente M. Zambrano, *Persona e democrazia. La storia sacrificale*, trad. it. Bruno Mondadori, Milano 2000, 152: “non c’è nulla di più oggettivo e inconfutabile della constatazione naturalistica che nessuno è l’origine di se stesso”.

si occupa di lui, sperimenta fin dall'inizio l'aiuto di altre persone. I primi momenti dell'esistenza e il primo sviluppo della persona avvengono e abitano una intima dimensione relazionale. Non a caso l'art. 30 Cost. riconosce la responsabilità genitoriale come diritto e dovere dei genitori nei confronti dei figli sia nati nel matrimonio sia nati fuori da esso: il rapporto di filiazione è costitutivo di una dimensione familiare che unisce i genitori ai figli anche senza il tramite della promessa formale di matrimonio. In altre parole, senza sminuire il nesso tra matrimonio e filiazione, la tutela della filiazione, di cui il matrimonio è un archetipo, viene estesa per quanto possibile anche fuori dalla struttura matrimoniale.

Se in passato, specialmente tra Ottocento e Novecento, l'affermazione della naturalità della famiglia è intesa a difendere la famiglia nei confronti di operazioni viste soprattutto nella loro matrice legale e quindi statutale, a partire dall'ultimo Novecento i fattori decisivi verso la società liquida, l'allentamento delle relazioni significative, sembrano più legati alla dimensione economica e tecnologica e alle loro implicazioni sociali. La precarizzazione del lavoro, la ridotta propensione alla filiazione, l'innalzamento dell'età della filiazione e il conseguente ricorso a tecniche di filiazione esogama (ad es., fecondazione c.d. eterologa o gestazione per altri), il mito della connessione perpetua, sembrano ricadere sulla stabilità delle relazioni indebolendole e comprimendo gli spazi dell'intimità domestica e quindi dell'unione matrimoniale. Non è un caso che le critiche al modello familiare costituzionale, fondato sul matrimonio, facciano soprattutto appello alla sua incapacità di adattarsi alle nuove esigenze della società contemporanea.

A questo fenomeno la risposta degli ordinamenti occidentali non sembra essere tanto quella di affiancare alla famiglia fondata sul matrimonio altre forme di unione fondate sulla responsabilità per gli affidamenti che pur si creano, ma distinte dalla famiglia matrimoniale e quindi giuridicamente non equiparate ad essa. Invero, in Italia il fenomeno, *more solito*, presenta tratti ancora ambigui: da un lato vi è la costante giurisprudenza costituzionale che differenzia la famiglia fondata sul matrimonio dalle altre unioni che pur tende a riconoscere e dall'altro si registra l'inerzia del potere legislativo incapace di uscire dallo stallo del conflitto ideologico. Ma la tendenza che sembra dominare nel mondo occidentale è alla equiparazione tra le diverse forme di unione secondo il modello di una "ideologia dell'indifferenziato" che fa del principio di non discriminazione una sorta di livella<sup>12</sup>. Il risultato, in

12 Un caso di grande interesse è la vicenda tedesca della *Lebenspartnerschaft*, esperimento iniziato nel 2001 per offrire alle coppie omosessuali una soluzione diversa dal matrimonio e quindi conforme al precetto costituzionale che prevede una protezione speciale di quest'ultimo (art. 6 GG). Del resto, fino agli anni 90 la Corte costituzionale tedesca era rimasta ferma nel respingere le richieste di unificazione o equiparazione e nel ribadire che il matrimonio tutelato dalla Costituzione ha nel suo nucleo essenziale la differenza di sesso. Tuttavia nel corso dell'ultimo decennio, in linea con quella tendenza decostituzionalizzante che si rileva nel testo, la Corte costituzionale tedesca sembra sempre meno disponibile a seguire la strada della differenziazione e ora, almeno dal punto di vista del rapporto tra partner, l'equiparazione col matrimonio è pressoché realizzata. Cfr., G.D. Gade, C. Thiele, *Ehe und eingetragene Lebenspartnerschaft: Zwei namensverschiedene Rechtsinstitute gleichen Inhalts? Zehn Jahre Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur eingetragener Lebenspartnerschaft*, in «Die Öffentliche Verwaltung»,

definitiva, è una omologazione al ribasso che consiste in un processo di contrattualizzazione della famiglia nella quale, attraverso il veicolo dell'autodeterminazione individuale, si estende la precarietà anche alle relazioni domestiche.

### 3. La salute tra i rapporti etico-sociali e l'autodeterminazione

La sistematica costituzionale che dedica l'art. 32 alla salute e ai rapporti sanitari subito dopo i tre articoli riguardanti la famiglia non sembra casuale<sup>13</sup>. La tutela della salute è vista come un momento di etica pubblica che affonda le sue radici solidaristiche nella dimensione relazionale della persona. In quest'ottica, secondo il primo comma dell'art. 32 vi è una dimensione sociale della salute, che la completa come diritto fondamentale dell'individuo declinandolo anche come applicazione del principio di solidarietà. Dall'altra, il secondo comma dell'art. 32 prevede il principio del rispetto della persona umana nei trattamenti sanitari al quale dovrebbe ispirarsi, senza sbilanciamenti in un senso o nell'altro, il rapporto medico paziente<sup>14</sup>. La dimensione fisica della persona viene valorizzata come parte integrante della persona stessa secondo una forma giuridica che sembra preferire il linguaggio dell'essere rispetto a quello dell'avere. Evidente dovrebbe risultare la differenza dalla linea di pensiero che procede dall'idea della *self-ownership*, la quale, pur nella sue nobili rappresentazioni, tende fatalmente a scindere (cartesianamente?) la persona in un soggetto volente e in un oggetto materiale sul quale l'io stesso esercita il potere di disposizione. Certo, secondo la versione lockiana o anche quella di Stuart Mill la libertà di disporre è limitata per non cadere in con-

2013, pp. 142 ss.; H. Grziwotz, *Rechtsprechungsübersicht zur eingetragene Lebenspartnerschaft*, in «Zeitschrift für das gesamte FamilienRecht», 2012, 261 ss.

13 Il principio è enunciato con riferimento ai trattamenti sanitari obbligatori, ma è senz'altro generalizzabile a ogni rapporto tra medico e paziente.

14 Questa impostazione dell'art. 32 Cost. è in linea con un pensiero fondante l'intera costituzione: i diritti inviolabili dell'uomo, a norma dell'art. 2 Cost., sono posti in nesso di correlazione, come le due facce di una medaglia, con i doveri di solidarietà. Inoltre, nella prospettiva della cultura costituzionalistica europea, essa trova un ancoraggio nel principio di tutela della dignità umana che fonda la stessa autodeterminazione (in senso liberale) e gli altri diritti dell'uomo come diritti attraverso i quali l'uomo sviluppa la sua personalità, non come diritti soggettivi nell'accezione privatistica tradizionale che è modellata sullo schema della proprietà e quindi del potere di disporre di cose separate da colui che ne dispone. Un cenno in tal senso nel mio *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. Dir., Annali*, IV, Giuffrè, Milano 2011, p. 136. Ricorda anche S. Pugliatti, *Beni* (teoria gen.), in *Enc. Dir.*, V, Giuffrè, Milano 1959, p. 171, che "alcuni scrittori... hanno ritenuto che la tutela giuridica della personalità e delle sue attribuzioni nonché dei suoi valori fondamentali, dia luogo unicamente a dei *Rechtsgüter*, ma non già a diritti soggettivi". Così pure C. Castronovo, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Giuffrè, Milano 1979, p. 153 secondo il quale "non è possibile intendere senz'altro i diritti costituzionalizzati nel senso di diritti soggettivi secondo l'accezione privatistica classica: così sarà per il diritto di proprietà, di cui all'art. 41 Cost., non certo per i diritti inviolabili dell'uomo, che abbiamo visti tutelati all'art. 2. Questi ultimi sono i diritti attraverso i quali si realizza la personalità di ogni individuo all'interno dell'ordinamento".

traddizione con la stessa funzione della metafora proprietaria<sup>15</sup>, ma sciolti i vincoli onto-logici il pensiero libertario che utilizza il paradigma dell'autoproprietà o del governo del proprio corpo sembra non riconoscere più limiti al potere di disposizione<sup>16</sup>. Del resto, l'idea di proprietà del proprio corpo o di governo del proprio corpo, sganciata dal principio di dignità umana, non contiene in sé un principio di autolimitazione.

Così nella prospettiva dell'operazione culturale di soggettivazione dei valori costituzionali la salute viene assorbita – e quindi annullata – nel concetto di autodefinizione<sup>17</sup> e nelle sue specificazioni quali l'autodeterminazione terapeutica o l'autodeterminazione riproduttiva. Con la formula autodeterminazione riproduttiva, in particolare, la filiazione, che è essenzialmente un rapporto, viene ridotta a diritto dell'individuo adulto, e il figlio viene a risultare uno strumento dell'autodefinizione del soggetto adulto. Sicché attraverso questo percorso si può leggere un altro capitolo della vicenda di decostruzione individualistica della dimensione relazionale nell'ambito dei rapporti etico-sociali.

Certo, se si prescinde da quelle forme di pensiero strumentalizzante che si avvalgono della soggettivazione della salute come una scorciatoia per dare rilievo ad interessi ulteriori, si deve riconoscere che la salute è inerente alla persona e quindi nella sua tutela non può non avere spazio la libertà intesa anche come autodeterminazione. La persona riassume in sé le sue qualità o attributi fisici e morali, onde la salute della singola persona non può che essere pensata in rapporto al singolo e alla sua personalità e alle condizioni in cui essa può dar corso al suo *life unfolding*: la stessa idea della personalizzazione delle cure ne costituisce un ovvio corollario, così come la quantificazione del danno biologico (la lesione del diritto della salute) dev'essere necessariamente riferita alle singolarità della persona che abbia subito

15 Lo insegnava già Imerio, ben prima di Locke, Kant e Mill, come ci ricorda M. Bello-mo, *Elogio delle regole. Crisi sociali e scienza del diritto alle origini dell'Europa moderna*, Euno edizioni, Leonforte 2012, p. 96 nota 73. Anche se può sembrare strano, la libertà porta con sé il dovere di essere liberi, secondo A. Barbera, *La laicità come metodo*, in AA. VV., *Il cortile dei gentili. Credenti e non credenti di fronte al mondo d'oggi*, Donzelli, Roma 2011, p. 99 nota 27, con riferimento anche all'affermazione di A. Ruggieri, A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, in «Politica del diritto», 1991, p. 368, secondo i quali “nel concetto di dignità della persona confluisce sia il ‘diritto alla libertà’ che il ‘dovere di essere liberi’”. In merito, cfr. anche F. Cavalla, *Diritto alla vita, diritto sulla vita. Alle origini delle discussioni sull'eutanasia*, in F. Zanuso (a cura di), *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, FrancoAngeli, Milano 2009, pp. 57 ss., e F. Zanuso, *L'indisponibile filo delle Parche. Argomentazione e decisione nel dibattito biogiuridico*, ivi, pp. 9 ss.

16 Cfr. S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna 1995, p. 194, e P. Zatti, *Principi e forme del governo del corpo*, in *Trattato di biodiritto* (diretto da S. Rodotà e P. Zatti), *Il governo del corpo*, t. I, pp. 99 ss.

17 Per una ricognizione recente, cfr. L. Chieffi, *Il diritto all'autodeterminazione del malato terminale: tecniche di interpretazione di un valore costituzionale*, in *Testamento biologico e libertà di coscienza*, Atti del Convegno internazionale presso l'Accademia dei Lincei (Roma, 12-13 aprile 2012), Accademia Nazionale dei Lincei, Roma 2013, pp. 137 ss.; S. Rodotà, *Diritti e libertà nella storia d'Italia. Conquiste e conflitti 1861-2011*, Donzelli, Roma 2011, parla addirittura di decisioni relative al “governo della vita”.

danno<sup>18</sup>. Tuttavia, la salute non si identifica con l'autodeterminazione, anche perché in essa sporge un profilo materiale che non si lascia comprendere nella mera prospettiva volontaristica<sup>19</sup>. Altrimenti la persona stessa rischia di essere ridotta giuridicamente all'unica dimensione di una autodeterminazione qualunquistica di stampo nihilistico, la quale, presa sul serio, derogherebbe alla concezione costituzionale dell'uomo come valore per sé e per gli altri. Nella Costituzione la libertà o, se si preferisce, l'autodeterminazione – termine estraneo al linguaggio della nostra Costituzione –, è concepita nella chiave dello “sviluppo della persona”, non come un valore assoluto in grado di assorbire ogni altro valore fino all'arbitrio. Un esempio di questo orientamento a riguardo della salute si legge nella seguente affermazione: “il punto da sottolineare giuridicamente è ancora l'inviluppamento di libertà, identità e salute. Il bene salute diviene, per così dire, incardinato nella libertà di disporre di sé – cioè della propria persona negli aspetti fisico, mentale e sociale che ne costruiscono il benessere conseguibile in circostanze date – e da questa per certi aspetti non distinguibile, quanto meno riguardo al soggetto capace di decidere, che è il solo a poter attribuire al diritto alla salute un contenuto concreto in occasione di scelte terapeutiche: a poter indicare cioè, tra diverse opzioni, quale corrisponda alla propria migliore salute”<sup>20</sup>. Ora, tale c.d. involupamento è manifestamente la maschera di un potere di disporre di sé che fa debordare la salute fuori dal suo alveo costituzionale, facendole perdere quella qualità di bene (che non può ridursi a una semplice opinione individuale) intorno a cui può coagularsi il valore costituzionale della tutela della salute. Certo, l'autodeterminazione in questi casi si qualifica in modo specifico come autodeterminazione terapeutica<sup>21</sup>, ma

18 C. Castronovo, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano 1996, 50 ss.

19 Né, d'altra parte, la salute va confusa con gli altri attributi della persona. Invero, il metodo giuridico ha bisogno di una rappresentazione della persona di tipo analitico in modo tale da farne spiccare le diverse dimensioni poste a oggetto di quelle specifiche tutele giuridiche che si riassumono nel termine diritto (inteso come situazione giuridica soggettiva): il diritto alla salute, alla libertà fisica, alla libertà di pensiero (e di riflessione), di religione, di coscienza, di manifestazione delle proprie opinioni, il diritto al nome, all'onore, al rispetto della vita privata, ecc. Sebbene questi aspetti si intreccino naturalmente nella persona, che è e rimane pur sempre una e non una somma di attributi, essi giuridicamente hanno bisogno di essere tenuti distinti per individuare con precisione le forme della loro tutela, le relazioni tra di loro, nonché l'oggetto e i limiti delle responsabilità.

20 P. Zatti, *Maschere del diritto. Volti della vita*, Giuffrè, Milano 2009, p. 236. Questo orientamento favorevole a “un'idea di salute umana che se da un lato non può naturalmente rinunciare alle determinanti bio-fisiche che caratterizzano lo stato di salute ‘normativo’, dall'altro reclama il bisogno di interpretarle alla luce del particolare vissuto di ogni persona facendole dunque confluire nella ‘percezione che la persona ha di sé’, intesa come stato di benessere dell'individuo”, viene ripreso di recente da V. Durante, *La salute come diritto della persona*, in *Trattato di biodiritto*, cit., p. 587 che si rifa esplicitamente a P. Zatti, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso del S. Raffaele)*, in «Nuova Giur. Civ. Comm.», 2000, II, p. 3. Cfr. anche Cass. 16.10.2007, n. 21748 che si rifa a tale concezione per legittimare l'interruzione di trattamenti di idratazione e alimentazione riguardanti una persona in c.d. stato vegetativo persistente.

21 In tema, tra le opere recenti in ambito civilistico, cfr. R. Pucella, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Giuffrè, Milano 2010, pp. 11 ss.; S. Stefanelli, *Autodetermi-*

nella misura in cui essa viene colta in una prospettiva sbilanciata in senso volontaristico la stessa qualificazione specifica (terapeutica) della relativa autodeterminazione si diluisce, scivolando nella pura e semplice autodeterminazione negoziale. Ben difficile sarebbe a questo punto tutelare la salute “incardinata nella libertà di disporre di sé” in modo qualitativamente diverso dalla libertà negoziale. Tale squilibrio, infatti, si rifletterebbe negativamente non solo nel rapporto tra medico e paziente, ma altresì sulla possibilità di un sostegno pubblico della salute e quindi dei servizi sanitari: questi ultimi hanno bisogno che la salute sia oggetto di considerazione distinta rispetto alla libertà individuale non solo per via dell’esigenza di una loro realistica sostenibilità, che sarebbe già di per sé ragione decisiva, ma anche per conservare la condizione necessaria della loro giustificazione solidaristica<sup>22</sup>. Altrimenti la riduzione della salute all’autodeterminazione finisce per negare la stessa dimensione fattuale della malattia, rimettendola all’interpretazione individuale e così sottraendola in definitiva alla possibilità di essere considerata punto di riferimento di una tutela giuridica. La conciliazione tra *salus aegroti* e *voluntas aegroti* non può essere risolta dissolvendo la *salus* nella *voluntas* e così oscurando o eludendo la complessità e i diversi punti di vista valoriali e fattuali tra cui invece andrebbe condotto il bilanciamento<sup>23</sup>.

Un esempio eloquente di come la prospettiva soggettivistica si lasci sfuggire un’idea di diritto alla salute quale diritto sociale fondato anche in chiave solidaristica è fornito dalla discussione americana circa la legittimità costituzionale dell’obbligo di un’assicurazione sanitaria previsto dalla recente riforma (*Patient Protection and Affordable Care Act* del 2010). Uno dei presupposti di fondo del dubbio costituzionale, a parte i profili di competenza federale o statale, è proprio legato all’interferenza che tale obbligo perpetrerebbe nella libertà contrattuale dei singoli individui. Infatti, ponendosi in questa prospettiva individualistica nell’ambito della quale ci si chiede persino per quale ragione i giovani e sani debbano assicurarsi con esiti che direttamente vanno a favore di vecchi e malati, sorge automaticamente la seguente questione: se la salute viene risolta nell’autodeterminazione individuale, cioè nella libertà di contratto sanitario, e non viene in rilievo come bene in grado di dar causa a un diritto sociale, perché mai dovrebbe essere obbligatoria un’assicurazione sanitaria<sup>24</sup>? Incardinare la salute in quella stessa li-

*nazione e disposizione sul corpo*, ISEG Gioacchino Scaduto, Perugia-Roma 2011, pp. 79 ss.; G. Salito, *Autodeterminazione sanitaria e cure mediche. Il testamento biologico*, Giappichelli, Torino 2012, pp. 13 ss.

22 Corte cost. n. 438/2008 parla di sintesi di due diritti fondamentali e distinti della persona, quello all’autodeterminazione e quello alla salute. Cfr., altresì, Cass. 9.02.2010, n. 2847.

23 Questa tendenza sembra rimanere impigliata in un postmodernismo assolutizzante, proprio mentre emergono sensibilità diverse come quella che da ultimo ispira il movimento filosofico del “nuovo realismo”: Cfr., ad esempio, M. Ferraris, *Storia dell’ontologia* (con altri), Bompiani, Milano 2008 e per una relativizzazione della “paura della verità”, D. Marconi, *Per la verità. Relativismo e filosofia*, Einaudi, Torino 2007.

24 La Corte suprema (567 U.S. Supreme Court 2012) ha deciso per la legittimità della disciplina che prevede una assicurazione sanitaria obbligatoria (“*minimum essential*” *health insurance coverage*), ma non può non risultare significativo che in essa (cf. *Opinion of Ginsburg, J.*) si senta

bertà che l'obbligo di assicurarsi violerebbe non è certo il modo più credibile per dar ragione di un dovere di stipulare contratti di assicurazione per le prestazioni sanitarie. Occorre piuttosto "scardinare" la salute dalla pura e semplice libertà e assumerla come valore distinto e autonomo dalla libertà individuale, in modo da proteggerla anche a dispetto di chi, come negli USA, invoca la propria libertà di contratto contro l'obbligo di assicurarsi. Va da sé, in ultima analisi, che il sostegno pubblico alle cure mediche implica di considerare la salute alla stregua di un diritto sociale (un "bene comune") come prevede espressamente la Costituzione italiana, laddove quella americana evidentemente è al riguardo foriera di dubbi<sup>25</sup>.

#### 4. Il principio del rispetto della persona umana nei trattamenti sanitari

Il diritto della salute, in definitiva, implica il riconoscimento nel corpo umano di una dimensione della dignità della persona che è punto di riferimento di un dovere di solidarietà della collettività verso coloro che sono bisognosi delle cure mediche<sup>26</sup>.

il bisogno di precisare che la salute è un bene diverso da quello di altri beni reperibili sul mercato come le automobili e i broccoli (*the market of cars and of broccoli*).

25 Cfr. C. Castronovo, *Dignità della persona e garanzie della persona nei trattamenti sanitari obbligatori*, in «Jus», 1990, p. 193 nt. 15. A fronte di un articolo della Costituzione che eleva la salute a bene di rango primario nell'ordinamento giuridico, innovando nella storia del costituzionalismo e quindi collocando l'ordinamento italiano in una posizione avanzata, può quindi sembrare paradossale che nel frattempo si assista a tentativi di eroderne le basi concettuali. Sul piano giuridico, che è quello sul quale si colloca questo discorso, la norma costituzionale dev'essere interpretata in un modo che le conferisca un senso pratico. Ed è già da questo punto di vista che la tutela della salute (anche) come interesse della collettività deve poter essere riferita a una condizione di bisogno fattuale e suscettibile di essere oggetto di una *com*-passione, cioè di una comprensione intersoggettiva generale su cui si può basare un dovere di solidarietà della collettività. Del resto, come sarebbe possibile altrimenti organizzare una tutela pubblica della salute se essa si risolvesse in termini puramente soggettivi? Come sarebbe possibile tutelare il lavoratore se la salute fosse intesa in questo modo? Come sarebbe possibile definire la stessa professione medica e la ragione di fondo della autorizzazione pubblica all'esercizio di essa? Sul piano dei concetti giuridici: come costruire la salute insieme come fatto e come atto di volontà?

26 Le osservazioni svolte nel testo non intendono negare la rilevanza di una accezione più ampia della salute. Occorre infatti tenere distinta la tutela diretta della salute che impegna l'ordinamento a selezionare le cure necessarie oggetto di un sostegno pubblico e che si traduce in veri e propri diritti individuali alla cura medica, dalla tutela indiretta della salute intesa in un significato più ampio di cui l'esempio più noto è il concetto di completo benessere fisico e psichico dell'individuo proposto dall'Organizzazione mondiale della sanità: cfr. Preambolo della Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Salute (OMS) del 1946: "*Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity*". Il diritto alla salute è poi oggetto di tale proposizione: "*The enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition*". Per qualche esempio, mi permetto di rinviare al mio *Enhancement e salute nel rapporto medico paziente*, in AA. VV., *Verso la salute perfetta. Enhancement tra bioetica e biodiritto*, a cura di L. Palazzani, Studium, Roma 2014, pp. 112 ss.

La prospettiva relazionale si conferma e si arricchisce nel secondo comma dell'art. 32 nel quale viene enunciato il principio del *rispetto della persona umana* nei trattamenti sanitari su cui dovrebbe incardinarsi il rapporto medico paziente in modo tale che nessuna delle parti sia ridotta semplicemente a oggetto o strumento. Tale principio, invero ancora poco elaborato nella dottrina biogiuridica, potrebbe fornire una base euristica utile anche per le nuove sfide provenienti dallo sviluppo della tecnica medica. Del resto, la ragione storica per la quale questo secondo comma venne introdotto fu la reazione e la conseguente presa di distanza dalle sterilizzazioni di massa e dalle forme di sperimentazione umana perpetrate nei confronti di persone indifese.

Di qui il riferimento al rispetto della persona umana, dove la scelta del termine "rispetto" sembra significativamente evocare l'idea di limite, non a caso fatta rilevare in un contesto in cui si parla di trattamenti sanitari, cioè di un'attività pratica in cui la tecnica viene applicata direttamente sull'uomo. Con le parole di un autore, si potrebbe sostenere in generale che "La nozione di *rispetto* ammette una molteplicità di piani che, pur restando distinti, sono riconducibili a una fondamentale asimmetria: quella di un soggetto agente che si trova di fronte a un valore che eccede la semplice disponibilità del suo arbitrio. Non possiamo fare ciò che ci pare con ciò che merita rispetto"<sup>27</sup>. Rispetto (*respicere*) implica, già etimologicamente, guardare indietro, indugiare con lo sguardo, riguardo, in ultima analisi una relazione. Il rispetto nasce da un accorgersi di non essere soli, e impone quindi di agire verso l'altro non considerandolo alla stregua di un semplice mezzo né, sempre in termini strumentali, come una semplice materia.

Tale prospettiva valoriale incentrata sul senso di relazione e di reciprocità fornisce un'importante direttiva per lo sviluppo e l'elaborazione di criteri e regole particolari orientate alla funzione di mantenere il senso del limite in medicina. In fondo, il rispetto della persona umana nei trattamenti sanitari può essere messo in rapporto con la sensibilità ecologica che nel mondo contemporaneo ha permesso di relativizzare le pretese di manipolazione tecnica dell'ambiente naturale<sup>28</sup> e che sarebbe paradossale non estendere agli ambiti in cui l'intervento tecnico si svolge direttamente sull'uomo.

Certo, rispetto verso la persona umana significa anzitutto rispetto per la sua volontà<sup>29</sup>, almeno nella misura in cui questa può essere manifestata, onde è ormai diffusamente accolta l'idea che i trattamenti sul corpo del paziente devono essere

27 R. Mordacci, *Il rispetto*, Raffaello Cortina, Milano 2012.

28 Si consideri che le aree protette, i parchi, occupano un sesto della terra emersa sulla terra.

29 Durante i lavori preparatori si è fatto espressamente riferimento alla tutela della libertà individuale nei confronti di possibili sterilizzazioni di massa, ma da ciò non è corretto ricavare che essa si riduca a richiamare il principio della libertà personale già previsto all'art. 13 Cost. L'obiettivo dell'art. 32, co. 2, Cost. sembra piuttosto quello di vietare trattamenti sanitari che ancorché obbligatori risultino inumani. Prova ne è che la formula "rispetto della persona umana" è il risultato di una modifica della formula originaria "rispetto della dignità umana" che secondo taluno avrebbe potuto prestarsi a una lettura troppo legata al Magistero della Chiesa Cattolica, ad esempio con riferimento all'aborto c.d. terapeutico.

*con-sentiti*, non imposti unilateralmente<sup>30</sup>. È in tal modo che si può realizzare *a right and good healing action taken in the interest of a particular patient*, in quanto il trattamento “rispetta il malato nonché i suoi valori e il suo vissuto di malattia”<sup>31</sup>. Ma – come già accennato – può risultare fuorviante in questo senso il rispolvero del vecchio, e per certi aspetti ambiguo, concetto di governo del corpo umano<sup>32</sup>, perché in tal modo le potenzialità euristiche del principio di rispetto della persona umana sembrano non adeguatamente valorizzate, se non addirittura fraintese. Infatti, quella prospettiva rimane ancorata a un’idea oggettivante di corpo umano di cui qualcuno può disporre arbitrariamente e perciò risulta rinunciataria con riguardo a una costruzione intersoggettivamente comunicabile della salute e delle finalità della medicina. In quest’ottica, inoltre, il rapporto medico paziente viene destrutturato, e reimpostato in chiave *adversarial*, onde l’attività del medico diviene attività di esecuzione della volontà di colui che governa il corpo. Non a caso si usano termini come autodeterminazione, sovranità e governo le cui origini sono in generale legate al linguaggio della politica e della rivendicazione di potere su un territorio<sup>33</sup>.

Ma il rispetto non significa atteggiamento meramente esecutivo e indifferente al senso degli atti che si pongono in essere. In altre parole *con-senso* al trattamento sanitario non significa *mono-senso*, bensì relazione interpersonale e quindi animata dalla dinamica dello scambio dei punti di vista delle parti in funzione dello svolgimento di un’attività che abbia un *sensu* comunicabile, e non si risolva in un indecidibile arbitrio. Ad esempio, la pretesa di trattamenti non terapeutici o non approvati come efficaci dalla comunità medica non può essere affrontata adeguatamente da chi orienta il rapporto secondo la logica dell’autogoverno del corpo. Del resto, a ben guardare lo stesso art. 32 co. 2 cost. rifiuta la prospettiva che sostituisce il rispetto con la pura autodeterminazione (in senso nihilistico): la norma infatti, conformemente alla dimensione solidaristica in cui la salute è colta, non vieta in modo assoluto i trattamenti sanitari obbligatori, ma li assoggetta a una riserva di legge. Essi sono quindi costituzionalmente ammessi (specialmente per la tutela della salute collettiva), purché rispettosi della persona umana. Il rispetto della persona umana, pertanto, non è pura esecuzione della volontà di altri, ma un principio che fa assumere al rapporto una dinamica più complessa e senz’altro non

30 Mi permetto di rinviare ai miei *Rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari e obblighi del medico*, in *Rinuncia alle cure e testamento biologico: profili medici, filosofici e giuridici* (a cura di M. Gensabella Furnari e A. Ruggeri), Giappichelli, Torino 2010, 31 ss.; *Testamento biologico e problemi del fine vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in *Testamento biologico e libertà di coscienza*, cit., pp. 101 ss. con rinvio anche alle citazioni bibliografiche.

31 Cfr. F. Marin, *Il bene del paziente e la sua trasformazione nell’etica biomedica*, Bruno Mondadori, Milano 2012, p. 72, con riferimento alla concezione di Pellegrino e al modello della *beneficence-in trust*.

32 Cfr. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, loc. ult. cit., e P. Zatti, *Principi e forme del governo del corpo*, cit..

33 Spunti anche in S. Amato, *Eutanasie. Il diritto di fronte alla fine della vita*, Giappichelli, Torino 2011, pp. 6 ss.

unilaterale. Invero, l'art. 32, co.2, cost. viene impoverito se ridotto a un semplice doppione dell'art. 13 Cost. con cui inizia la disciplina costituzionale dei *rapporti civili* (art. 13 ss. cost), oscurando la dimensione etica in cui tale articolo è collocato quale principio nell'ambito dei *rapporti etico-sociali* (art. 29 ss. cost.)<sup>34</sup>.

D'altra parte, lo sbilanciamento di una prospettiva che nega il rispetto della persona umana sostituendolo con l'autodeterminazione scivola nel paradosso di una autodeterminazione che si rende eterodeterminazione accompagnata spesso dall'autorità della legge. Quando si dà luogo a prestazioni che mettono alla prova i convincimenti etici del medico, come l'aborto o l'assistenza al suicidio, comprimere il rapporto sulla mera esecuzione significa eterodeterminare la professione medica. Non è casuale che diversi sostenitori dell'autodeterminazione in questo ambito neghino con forza il diritto del medico all'obiezione di coscienza, spezzando quindi il legame dell'attività sanitaria con la coscienza del medico anche quando sono in gioco valori fondamentali come la vita delle persone<sup>35</sup>. Va da sé che in tal modo il rapporto fiduciario tra medico e paziente viene annientato in favore di una eterodeterminazione della professione medica<sup>36</sup>.

Questo aspetto emerge in modo particolare, per quanto concerne le relazioni familiari, con riguardo alle questioni inerenti alla riproduzione umana e quindi al rapporto di filiazione. In questo settore l'autodeterminazione riproduttiva viene associata a una concezione della salute rimessa alle dichiarazioni del soggetto che richiede determinate prestazioni. Così, ad esempio, nella pratica applicazione della disciplina sull'interruzione volontaria della gravidanza si assiste a una proceduralizzazione che isola i soggetti e rinuncia a promuovere lo scambio dei punti di vista. Il serio pericolo per la salute della donna non viene certificato dal medico a cui pure essa deve rivolgersi, e quindi il medico si limita a prendere atto delle sue dichiarazioni. Inoltre, il padre non ha diritto di essere consultato e i genitori, se la madre è una minore d'età, non necessariamente vengono ascoltati. In aggiunta, la legge indica le condizioni economiche come possibili circostanze che possono

34 Questa istanza metodologica è condivisa anche da G. Grasso, *Consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del proprio corpo*, Forum di «Quaderni costituzionali», p. 7 nota 17, p. 52 nota 134.

35 Cfr. ad esempio, S. Rodotà, *Aboliamo l'obiezione di coscienza*, Intervista a «D di Repubblica», 3 dicembre 2011. Addirittura la Consulta di bioetica ha lanciato una campagna dal titolo «Il buon medico non obietta» cui è stato dedicato un convegno a Roma il 6 giugno 2013.

36 Cfr. Parere del Comitato nazionale per la bioetica, *Obiezione di coscienza e bioetica*, [http://www.governo.it/bioetica/pareri\\_abstract/Obiezione\\_di\\_coscienza\\_bioetica\\_30072012.pdf](http://www.governo.it/bioetica/pareri_abstract/Obiezione_di_coscienza_bioetica_30072012.pdf), dove si sottolinea la necessità per lo stato liberale di rimanere fedele al rispetto della persona e quindi della sua coscienza anche nell'organizzazione di servizi sanitari. L'eterodeterminazione legale delle professioni è un effetto paradossale di una tutela della volontà di alcuni a scapito della coscienza di altri ridotti a «semplici anelli della catena». Il modello di un simile modo di ragionare – *mutatis mutandis* – è il § 48 della abrogata legge penale militare risalente al 1872, il quale prevedeva che *la punibilità di un'azione o omissione non è esclusa per il fatto che l'agente ha giudicato il proprio comportamento come obbligatorio in base alla sua coscienza o ai precetti della sua religione*. Secondo A. Welzel, *Gesetz und Gewissen*, in AA. VV., *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*, C.F. Müller, Karlsruhe 1960, p. 399: «*Ein Staat, dem es um Schutz des Gewissens ernst ist, darf nicht die Intoleranz tolerieren!*»

determinare il fatto che la gravidanza comporti un serio pericolo per la salute della donna: la società, in ultima analisi, preferisce “risolvere” il problema destinando risorse a favore dell’interruzione della gravidanza anziché per aiutare la donna a portarla a termine. Il risultato mette capo a una solitudine tragica: si spezza il rapporto tra la madre e il figlio, si scarica su di lei ogni responsabilità, riducendo il rapporto col medico alla mera esecuzione e allontanando gli altri soggetti che potrebbero essere coinvolti. È il trionfo della prospettiva libertaria come risulta chiaramente dalle parole di un capofila di questo movimento: “prima ancora c’è un’acquisizione culturale in senso forte, la conquista anche qui, della dimensione dell’autodeterminazione. ‘*My body, my property*’: ‘il corpo è mio e me lo gestisco io’, si grida con un senso del possesso così orgoglioso e ricco, e perfino gioioso, da spazzar via interi scaffali di biblioteca pieni di preoccupate riflessioni di giuristi intorno all’impoverimento del concetto di persona, che si sarebbe avuto se questa avesse considerato il corpo come oggetto di proprietà”<sup>37</sup>. Può anche darsi che qualcuno condivida la “gioia” di cui parla questo autore mentre altri potrebbero chiamarla una *Schadenfreude*, ma in ogni caso si tratta di una “gioia” per il venir meno della relazione tra madri e figli, o, se vogliamo, di una “gioia” per una autodeterminazione abortiva che si fa, da un lato, eterodeterminazione nei confronti delle vite umane spezzate sul nascere e, dall’altro, eterodeterminazione legale della professione medica, proprio nella misura in cui la legge obbliga il medico al trattamento abortivo *on demand*.

## 5. La filiazione come rapporto e la c.d. autodeterminazione riproduttiva

Questa prospettiva negatrice della concezione relazionale della filiazione non ha conquistato soltanto una porzione della dottrina, ma da ultimo ha sedotto anche la Corte costituzionale che inopinatamente ha dichiarato l’illegittimità del divieto di fecondazione eterologa (art. 4, l. 40/2004) proprio adottando la formula dell’autodeterminazione riproduttiva<sup>38</sup>.

La lettura delle motivazioni della sentenza lascia attoniti, dal momento che il divieto dell’eterologa non è valutato dalla Corte in rapporto ai principi della filiazione contenuti nella Carta costituzionale, tanto che addirittura l’art. 30 – l’unico espressamente dedicato alla filiazione – non è mai nemmeno citato nelle motivazioni. Del resto, non sarebbe stato facile alla Corte costruire l’autodeterminazione riproduttiva come diritto costituzionalmente compatibile con l’art. 30, co. 1 (“È dovere e diritto dei genitori mantenere istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio”). Esso stabilisce chiaramente un nesso tra responsabilità genitoriale e fatto della procreazione, chiarendo che i doveri e i diritti di cura genitoriale sono la conseguenza giuridica della procreazione, non l’effetto della scelta di ricoprire il

37 S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, cit., 144.

38 Corte cost. n. 162/2014.

ruolo genitoriale<sup>39</sup>. Non si sceglie giuridicamente di essere responsabili di un figlio, ma lo si diviene in modo indisponibile, in quanto si è messo al mondo un bambino. Senza l'elemento oggettivo della dimensione naturale, del resto, si perderebbe il criterio identificatore della filiazione, la quale ha riflessi diretti sull'identità della persona ed è diversa da ogni altra relazione personale (di amore tra adulti, di amicizia, da contratto, ecc.). Invero, anche nella fecondazione eterologa si fa appello a un elemento di collegamento biologico tra il nato e uno dei due componenti della coppia: l'uomo, nel caso di una donazione di ovuli, la donna nel caso di una donazione di gameti maschili o quando essa abbia portato avanti la gestazione nel caso di una doppia eterologa (seme e ovuli di persone estranee). Mettere in evidenza l'esigenza di un profilo biologico nella filiazione non significa, peraltro, indulgere in un preconcetto biologismo, né che adottando il criterio procreativo si sottovalutino sentimenti e affetti. Semplicemente la legge ha bisogno di approntare un criterio *a priori*, che traduca giuridicamente la naturale affettività tra genitori e figli, mentre è indiscutibile che, in mancanza di un rapporto procreativo tra l'adulto e il minore, sentimenti e affetti reciproci si possono sviluppare solo successivamente, non prima che la relazione sorga: perciò essi non possono assumere il rilievo di un criterio di attribuzione della paternità o della maternità se non, eventualmente, *a posteriori*. In altre parole, se di fatto una persona si prende cura di un bambino (abbandonato) *come* un padre o una madre è giusto trattarla *come se* ne fosse il genitore. Ciò che è discutibile è piuttosto la sottovalutazione *a priori* dell'elemento naturale e l'idea di ritenere decisiva la pretesa di essere genitore prima ancora di prendersi cura del figlio e fino al punto di scalzare la genitorialità naturale.

Dando seguito a tale pretesa si rinuncia a un diritto della filiazione fondato sul rapporto genitoriale, e quindi relazionale, intersoggettivo, per sostituirlo con un concetto (soggettivo) di filiazione che giuridicamente si svolgerebbe secondo la logica del diritto soggettivo. Mentre la prima concezione è orientata in favore del figlio, la seconda sembra orientata in favore del genitore c.d. sociale o legale, dell'eventuale desiderio di quest'ultimo di ricoprire questo ruolo e di vederselo attribuire con forza di legge dalla società. Questa seconda concezione, per così dire, pneumatica della filiazione, che pretende di svuotarla, nel suo presupposto, dalla dimensione fisica in cui la volontà e l'affettività si incarnano, è in contraddizione con la Costituzione che invece prevede il diritto del figlio alla cura di chi l'ha generato<sup>40</sup>. Alla Costituzione, del resto, è ispirata anche la recente riforma italiana della filiazione.

39 L'aggettivo "naturali" è usato da Corte cost. 494/2002 (red. Zagrebelsky) e anche dall'art. 6 della Costituzione tedesca: "*Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht*".

40 Solo l'incapacità dei genitori naturali dovrebbe poter aprire la questione dell'intervento, in soccorso del minore, di altre figure educative e quindi una genitorialità volontaria. Lo conferma l'art. 30, co. 2, Cost.: "Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti". L'adozione trova giustificazione e forma proprio in questo secondo comma, assumendo un inevitabile carattere sussidiario nei confronti della filiazione naturale e una funzione di solidarietà verso il minore.

Va da sé che la Corte costituzionale è caduta vittima di una suggestione extracostituzionale quando, messo da parte o censurato l'art. 30 e con esso la concezione relazionale della filiazione, ha fatto ricorso alla formula magica dell'autodeterminazione riproduttiva della coppia. Formula eloquente e decettiva allo stesso tempo: eloquente perché rende chiaro come il figlio diventa lo strumento di realizzazione dell'adulto stesso, decettiva perché mediante il ricorso all'eterologa (detta anche fecondazione esogama), cioè alla fecondazione con gameti di un terzo soggetto rispetto alla coppia, non avviene per definizione una riproduzione di coppia. In questo modo, a una concezione relazionale della filiazione basata sulla responsabilità nei confronti della persona messa al mondo (come altro da sé e quindi come soggetto), ossia una genitorialità rispettosa verso la dimensione naturale del figlio, si contrappone una concezione artificiale e in qualche misura proprietaria della filiazione, agevolata dalle tecniche riproduttive, nella quale la filiazione diviene l'effetto legale di una scelta individuale o di un contratto. Sotto la maschera del progresso tecnologico e in ossequio al dogma libertario, la *self-ownership* estende la sua ombra sul figlio, imponendo una concezione regressiva che sembra una variante dell'antico diritto sulla stirpe (o religione dei gentili): dal figlio *naturaliter aliquid patris* al figlio *artificialiter aliquid parentis*.

## 6. Senza conclusione

Se persino il più intimo dei rapporti, la filiazione, viene deconstituzionalizzato, possiamo dirci ormai di fronte a una sorta di eutanasia del diritto dei rapporti etico-sociali? E quali prospettive rimangono allora per una discussione sui beni relazionali? Se si segue la tesi secondo cui lo stato liberale vive di presupposti etici che esso stesso non si può dare<sup>41</sup>, si può pensare che l'etica declinata nella Costituzione non possa più trarre alimento da quelle fonti extrastatali che ne sono state il presupposto e che potrebbero ormai essersi esaurite. La principale di queste fonti a cui si fa allusione è naturalmente il giusnaturalismo cristiano, che in una società post-cristiana, come qualcuno descrive la presente, non può che essere tramontato. Ma secondo un'altra opinione il principio di dignità umana è un principio etico che lo stato dovrebbe potersi dare da sé come una conquista della ragione, non alla stregua di un valore che ha bisogno di un sostegno trascendente, specialmente nell'epoca del multiculturalismo e della multireligiosità<sup>42</sup>. Proprio da questo punto di vista, perciò, è parso avventato l'atteggiamento di quella parte della dottrina tedesca che, dopo decenni di consolidamento del principio di dignità umana, lo ha inopinatamente relativizzato<sup>43</sup>. In tal modo, essa ha rinunciato a coglierne la base

41 E.-W. Böckenförde, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1976, p. 60.

42 È la tesi di G. Prauss, *Moral und Recht im Staat nach Kant und Hegel*, cit., che, nonostante qualche eccesso polemico, ci sembra cogliere bene la crisi (postmoderna?) del diritto costituzionalizzato del dopo Auschwitz.

43 Si fa riferimento in particolare al noto contributo di M. Herdegen, in T. Maunz, G.

oggettiva, cioè razionale<sup>44</sup>, confinandolo all'interno di una prospettiva giusnaturalista di matrice religiosa e quindi non universalizzabile. Certo, talora la dignità umana come principio giuridico è stata sottoposta a rigide applicazioni ed è apparsa sovraccaricata<sup>45</sup>, probabilmente anche a causa della forte erosione dell'etica pubblica e della correlativa funzione di supplenza che il diritto si è trovato e si trova a svolgere. Nonostante sia difficile negare l'evidenza dell'"intersezione tra diritto ed etica" emergente dal fenomeno del costituzionalismo, il diritto non è l'etica né è in grado di prendere su di sé i compiti che le sono propri. Nondimeno la relativizzazione della dignità umana priva il diritto di uno strumento essenziale per arginare la forza bruta dei fatti e segna un regresso rispetto al costituzionalismo del dopo Auschwitz. La dignità umana è alla radice della possibilità del rapporto intersoggettivo perché rende ragione di una lingua comune essenziale su cui può reggersi un principio di fiducia reciproca. La stessa libertà individuale è espressione della dignità umana. Del resto, il fatto che si incominci a parlare della relazione alla stregua di un bene, un bene relazionale, significa che si avverte l'esigenza di tutelarla, come avviene per tutto ciò che è scarso, ma a cui non si è disposti a rinunciare. Non è dato sapere se il dibattito sui beni relazionali saprà fornire occhiali nuovi per rileggere le parole della Costituzione. Può però costituire una prova che non è sopita del tutto l'esigenza di uscire dallo stallo di una cultura soggettivistica incapace di lasciarsi interpellare da ciò che è altro da sé.

Dürig (hrsgg.), *Grundgesetz. Kommentar*, Art. 1 I, Beck, München 2003, che, dopo decenni in cui il commento all'art. 1 della Costituzione tedesca veniva riportato immutato, ha operato un forte ridimensionamento e una rilettura di questo principio base.

44 Cfr. G. Prauss, *Moral und Recht im Staat nach Kant und Hegel*, cit., Mi permetto di rinviare anche al mio *Autonomia privata e diritti della persona*, cit., cui *adde* C.-W. Canaris, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, Beck, München 1997, p. 68, testo e nota 142, dove l'irrazionalità di configurare come oggetto di un diritto soggettivo le qualità di una persona è paragonata all'idea irrazionale di immaginare un diritto soggettivo sulla propria dignità umana. Secondo G. Azzoni, *Dignità umana e diritto privato*, relazione al Convegno *La dignità dell'uomo: testo e contesto*, 14 ottobre 2010, Università di Modena, la dignità umana non può essere ridotta all'autodeterminazione già dal punto di vista dell'esegesi, in quanto non corrisponderebbe al senso più evidente dei testi costituzionali che vi si richiamano, i quali, distinguendo la dignità umana dalla libertà e dai diversi diritti dell'uomo, impongono che se ne cerchi un significato autonomo senza possibilità di riduzioni soggettivistiche.

45 L'espressione è stata portata all'opinione pubblica con l'articolo di B. Schlink, *Die Überforderte Menschenwürde. Welche Gewissheit kann Artikel 1 des Grundgesetzes geben?*, in «Der Spiegel», 15.12.2003.

