

EDITORIALE

Stefano Rodotà*

Quando il consenso riguarda le situazioni esistenziali, si allontana dagli schemi e dai criteri intorno ai quali era stato organizzato nella modernità giuridica. Non possiamo dimenticare che la rivoluzione del *Code civil*, che giustamente Jean Carbonnier aveva chiamato “la costituzione civile dei francesi”, non era costruita soltanto intorno alla proprietà assoluta, che pure incarnava davvero un passaggio di potere da un ceto a un altro, con una investitura tutt’altro che simbolica del soggetto storico della Rivoluzione francese, la borghesia. È vero quel che ebbe a scrivere Cambacérès, sottolineando che il codice disciplinava tutti i rapporti “in relazione alla proprietà”. E tuttavia, se la proprietà non fosse stata accompagnata da uno strumento che potesse assicurarne la libera circolazione, si sarebbe creata una situazione contraddittoria rispetto alla premessa che la voleva integralmente libera dai vincoli feudali.

Ecco, allora, il contratto come potere di disporre liberamente dei propri beni, un atto al quale veniva attribuita la stessa forza della legge, come continua a leggersi nell’articolo 1372 del nostro codice civile. Qui è la radice del “dogma del consenso”, strutturato in modo da garantire libertà e sicurezza nella circolazione dei beni. Proprio “all’esigenza della circolazione dei beni” si fa riferimento nel gran libro di Emilio Betti sul negozio giuridico quando si affronta il “problema pratico dell’autonomia privata”¹. E lì compare anche il termine autodeterminazione, riferito tuttavia alla finalità di “procacciare ai singoli” beni e servizi, come vuole il contesto nel quale compare, quello del regolamento di un “rapporto giuridico patrimoniale”, secondo la definizione codicistica del contratto (art. 1321 del codice civile). Basta questo semplice riferimento per rendersi conto della im-

* Stefano Rodotà, professore emerito di diritto civile presso l’Università La Sapienza (Roma) e presidente della Commissione scientifica dell’Agenzia per i diritti fondamentali dell’Unione europea. È stato Presidente dell’Autorità garante per la protezione dei dati personali e ha presieduto il Gruppo di coordinamento dei Garanti per il diritto alla riservatezza dell’Unione Europea. s.rodota@tiscali.it

1 E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico* (1950). Cito dalla ristampa della seconda edizione, Torino: Utet, 1952: 40-43.

proprietà dei tentativi di adoperare quei riferimenti e quelle categorie giuridiche per delineare il quadro istituzionale in cui si colloca il diritto all'autodeterminazione, che riguarda la vita, per sé irriducibile alla logica del mercato, e che deve dunque essere riferito al profilo della personalità e, in definitiva, della sovranità. Giustamente Paolo Zatti ha messo in evidenza che “la dignità, l'identità, la libertà e l'autodeterminazione, la privacy nei suoi diversi significati sono prerogative da declinare con la specificazione ‘*nel corpo*’”², dunque nella vita.

Siamo davvero di fronte al mutamento di un paradigma giuridico. La nuova associazione tra volontà della persona e vita, alla quale dà evidenza la normativa costituzionale, si allontana da quella tra volontà e patrimonio, che ha caratterizzato i codici civili e ha così ricostruito la categoria dell'autonomia privata con riferimento esclusivo alla dimensione economica, alla sicurezza dei traffici e non al governo di un sé irriducibile alla categoria del mercato. Il soggetto, dunque, non è più considerato esclusivamente o prevalentemente come agente economico, ma come libero costruttore della propria personalità. Così l'oggetto del suo agire non è l'assetto degli interessi patrimoniali, ma il complessivo svolgersi della vita.

La persona “costituzionalizzata” fonda così la regola giuridica su di una antropologia diversa da quella dei codici civili. Consenso nelle transazioni economiche e autodeterminazione nel governo del corpo sono categorie irriducibili l'una all'altra. Per evitare fraintendimenti culturali, e improprie conclusioni politiche, è bene ricordare, infatti, che quella nozione di autonomia e le conseguenti regole sul consenso sono state costruite avendo come punto di riferimento le dinamiche di mercato, e non possono essere trasferite al di là del loro contesto originario.

Non siamo, però, di fronte a un mutamento casuale. A un'altra nozione di consenso si approda nel dopoguerra, nel 1946, quando viene celebrato a Norimberga il processo ai medici nazisti. La scoperta drammatica dell'abuso del potere medico attraverso la sperimentazione sugli esseri umani (scopriremo poi che lo stesso era avvenuto in Giappone) provoca una immediata reazione, affidata a un documento che prenderà il nome di Codice di Norimberga, che si apre con le parole “il consenso volontario del soggetto umano è assolutamente necessario”. La vita viene liberata dall'invasione di qualsiasi potere esterno, appartiene alla persona e alle sue determinazioni, la prospettiva è quella, costituzionale, della libera costruzione della personalità.

Questo diverso modo di guardare all'autodeterminazione nella vita e nel corpo è alla base di una diversa considerazione del consenso, che deve essere costruito in modo tale da liberarlo dai formalismi legati a un dato esterno, la sicurezza delle transazioni economiche, e da riportarlo alla diversa misura del governo della vita. Si comprende, allora, perché il biodi-

2. P. Zatti (2009). *Maschere del diritto volti della vita*. Milano: Giuffrè: 86.

ritto abbia individuato modalità di accertamento della volontà della persona che si distaccano nettamente dai criteri adottati in altre materie e in altre situazioni. Proprio l'aver scelto questa diversa strada ha attirato critiche tanto severe, quanto inconsapevoli della ormai innegabile peculiarità della materia, sulla motivazione del nostro caso giurisprudenziale più importante, quello riguardante la vicenda di Eluana Englaro, che invece è un buon esempio di rinnovamento delle categorie giuridiche realizzato attraverso il riferimento agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione: l'argomentare per principi consente di individuare un quadro di riferimenti all'interno del quale riportare le situazioni concrete. La Corte di Cassazione ha così potuto fare esplicito riferimento agli stili di vita come ad uno dei criteri da seguire per l'accertamento dell'effettiva volontà della persona in relazione alle scelte riguardanti il morire. Questa è esattamente la strada seguita dal Mental Capacity Act inglese del 2005 e dalla legge tedesca del 2009 sulle disposizioni del paziente. Vale la pena di ricordare alcune di queste norme, come la legge inglese che, alla persona chiamata a decidere al posto dell'incapace, impone l'obbligo di prendere in considerazione desideri e sentimenti, credenze e valori ai quali la persona aveva ispirato la propria vita e che, proprio nel momento della decisione più drammatica, quella sul morire, illuminano tutto il suo itinerario esistenziale, agganciano la decisione a questa complessità e non la rinsecchiscono nell'esclusività burocratica di un atto formale. La legge tedesca è altrettanto esplicita: "La volontà presunta va accertata in base a elementi concreti. Devono essere considerati, in particolare, dichiarazioni orali o scritte fatte in precedenza dall'assistito, i suoi convincimenti etici o religiosi ed eventuali altri suoi valori di riferimento". Peraltro, è proprio questa la linea indicata dall'articolo 9 della Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina con la formula massimamente ampia dei "desideri precedentemente espressi", di cui si deve tener conto.

L'autodeterminazione si identifica così con il progetto di vita realizzato o perseguito dalla persona. E qui la vita è davvero quella di cui ci parlava Montaigne, "un movimento ineguale, irregolare, multiforme"³, irriducibile a rigidi schemi formali, governato da un esercizio ininterrotto di sovranità che permette quella libera costruzione della personalità che troviamo iscritta in testa alla nostra e ad altre costituzioni.

Il progetto di vita, e la vita vissuta, davvero non possono essere ricondotti alla logica del consenso puntiforme proprio degli atti di autonomia privata volti a regolare rapporti patrimoniali. Esigono una dimensione istituzionale capace di comprendere l'unicità della persona e il suo distendersi nel tempo, davvero una sequenza di comportamenti che spiega la legittimità di una ricostruzione del consenso attraverso il riferimento a una intera biografia.

3. M.E. de Montaigne, *Essais* (1588), Livre III, chapitre III, *Des trois commerces*.