

GIOVANNI MARINI

IL CONSENSO



giuffrè editore - 2010

Estratto dal volume:

TRATTATO DI BIODIRITTO

diretto da
STEFANO RODOTÀ
PAOLO ZATTI

**AMBITO E FONTI
DEL BIODIRITTO**

a cura di
STEFANO RODOTÀ
MARIACHIARA TALLACCHINI

Capitolo 8

IL CONSENSO

di GIOVANNI MARINI

SOMMARIO: 1. Il consenso fra diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione. — 2. Consenso, negozio giuridico ed autonomia privata. — 3. Il consenso nella giurisprudenza. — 4. Il consenso nel diritto internazionale e sovranazionale. — 5. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo. — 6. Consenso e *constitutional privacy* (o *privacy of autonomy*). — 7. Il consenso fra libertà e dignità. — 8. La terza generazione dei diritti della persona e l'ascesa dell'autodeterminazione. — 9. L'espansione del consenso. — 10. Consenso « oltre la capacità ». — 11. I limiti dell'autodeterminazione. — 12. Pubblico e privato nell'autodeterminazione. — 13. Osservazioni conclusive.

1. Il consenso fra diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione.

Il consenso quale elemento essenziale per assicurare il governo della persona sulle scelte esistenziali che attengono al proprio corpo di cui si deve poter «mantenere il controllo fino ai confini dell'esistenza»¹ è considerato un principio fondamentale nella bioetica. Lo stesso principio ha trovato da tempo riconoscimento anche in campo giuridico: a livello internazionale e sovranazionale, dove è stato ricollegato ai diritti dell'uomo da una serie di atti normativi, ed a livello nazionale, dove è stato ricollegato ai diritti fondamentali riconosciuti nelle varie Costituzioni.

Sono state infatti le decisioni delle diverse giurisprudenze delle Corti Supreme nazionali a consacrarlo, anche dove ne mancava un'espressa formulazione, a principio di rango costituzionale.

Anche in Italia, ora, due pronunce della Corte costituzionale e della Corte di cassazione, portando a termine un lungo cammino, ne hanno ribadito infatti il carattere di regola essenziale che trova le sue radici negli artt. 2, 13 e 32 Cost.

Il principio del consenso realizza così la sintesi fra due diritti fondamentali²: il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione di cui viene riconosciuta la natura di autonomo diritto fondamentale.

¹ « Con l'attribuzione a ciascuno del pieno governo del sé, soprattutto per quanto riguarda il destino del proprio corpo » si è verificato un radicale mutamento di prospettiva portando alla luce la questione dei poteri che è possibile esercitare quando l'individuo « si percepisce come morente » (CENDON-BAILO-BILOTTA-CECCHI, *I malati terminali ed i loro diritti*, Milano, Giuffrè, 2003).

² Così Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, a proposito dell'illegittimità costituzionale dell'intero art. 3 l.r. Piemonte, 6 novembre 2007, n. 21, che stabiliva, in caso di trattamenti terapeutici comportanti la somministrazione di sostanze psicotrope ai minori, la necessaria espressione in forma

La Corte costituzionale ha potuto così affermare che « se è vero che ogni individuo ha diritto ad essere curato, egli ha altresì diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura ed ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative, informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la più libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, comma 2, Cost. ». La Corte riprende la giurisprudenza della Cassazione che aveva incardinato il consenso informato negli stessi articoli, ponendolo alla base della legittimazione di qualunque intervento medico che, in sua assenza, « è sicuramente illecito anche quando è nell'interesse del paziente »³.

Il principio di consenso informato è la chiave che contribuisce a ridisegnare l'intero rapporto fra medico e paziente nel segno di una redistribuzione del potere di controllo sul proprio corpo e sulla propria salute a favore di quest'ultimo.

La sua affermazione assicura il « rispetto della persona umana », inteso come rispetto per le scelte consapevoli dell'individuo, scelte in cui si riflettono — come ha sottolineato la Corte di cassazione — « convinzioni etiche e religiose, culturali e filosofiche », il modo cioè in cui si vedono i rapporti con gli altri e si determina la propria posizione all'interno della società. Questo potere di autodeterminazione coinvolge non soltanto la salute, allora, ma diventa espressivo anche della propria identità⁴.

Il principio del consenso, in quanto caratterizza la tutela costituzionale della persona e l'accompagna in qualsiasi momento della sua vita, entra a

scritta del consenso informato dei genitori e Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Fam. dir.*, 2008, 129 ss., che ha deciso il famoso caso Englaro (cfr. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 85).

³ Così Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, citata in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2008, 2, 85 ss., con commento di TRIA, *Problematiche di fine vita alla luce dei principi costituzionali e soprannazionali: con particolare riferimento ai casi Welby, Englaro e Santoro*. Tra gli Autori entusiasti della decisione cfr. SANTOSUOSSO, *La volontà oltre la coscienza: la Cassazione e lo stato vegetativo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 1 ss.; ID., *Sulla conclusione del caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 127 ss.; RODOTÀ, *Perché laico*, Roma-Bari, Laterza, 2009. Fortemente critico, invece, GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio della divisione dei poteri)*, in *Dir. fam.*, 2007, 107 ss. In precedenza Cass., 14 marzo 2006, n. 5444; Cass., 28 novembre 2007, n. 24742; Cass., 8 ottobre 2008, n. 24791.

⁴ Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471, in *Foro it.*, 1991, I, con nota di ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto « attivo » ed in quello « passivo »*, nella quale la Corte dichiara l'illegittimità della norma del codice penale (art. 696, comma 1°, cod. proc. civ.) nella parte che non permette accertamenti sulla persona a fini probatori. V. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, Cedam, 1999, 23, e ROMBOLI, *Persone fisiche*, in *Commentario Scialoja-Branca, sub art. 5*.

far parte di quel bagaglio di meccanismi giuridici che, in quanto determinano la collocazione degli individui all'interno dell'organizzazione sociale, possono dirsi costitutivi della cittadinanza ⁵.

Il consenso è diventato il fulcro intorno al quale ruotano i diritti della persona, la cui tutela tende a ristrutturarsi sulla scia del modello della libera costruzione della sfera privata intorno al diritto di (auto-)determinare le modalità con le quali deve essere ricostruita la propria identità.

2. Consenso, negozio giuridico ed autonomia privata.

Con il consenso ritornano però anche alcuni dei temi classici del diritto privato. Il consenso, infatti, è il fulcro intorno al quale è ricostruito uno dei pilastri fondamentali del pensiero giuridico classico: il negozio giuridico. Il consenso è anche la base sulla quale è fondata l'autonomia privata.

Oggi però il concetto, proiettato all'interno dei diritti della persona, assume una configurazione del tutto nuova in linea con il rango costituzionale riconosciuto alla persona.

La valorizzazione dell'autonomia all'interno della disciplina della persona ha contribuito certamente a rimettere in discussione le dicotomie persona e patrimonio, *privacy* e proprietà, diritti non patrimoniali e patrimoniali che caratterizzavano il pensiero giuridico classico. Queste infatti denotavano sfere distinte rette da principi regolatori assolutamente differenti che esigevano, nelle aree collocate nel primo lato delle dicotomie, la sottomissione dell'individuo e della sua volontà alle prescrizioni morali, sociali e giuridiche in cui si traducevano le esigenze di interesse collettivo variamente ricollegate, con diversa intensità nelle diverse epoche e dalle diverse ideologie, alla persona ed alla famiglia.

La costituzionalizzazione della persona, implicando il pieno rispetto per l'autonomia in quanto strumento che consente di realizzare le scelte essenziali dalle quali dipende l'identità personale, ha ora profondamente alterato un quadro che, in passato, era sottratto invece a qualsiasi possibilità di scelta individuale.

Con la rivalutazione del consenso e dell'autonomia nell'area della persona non ha tardato ad emergere però anche l'interrogativo sulla pos-

⁵ RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, ed. ampliata, Milano, Feltrinelli, 2009; sulla prospettiva dei diritti inviolabili intesi proprio come garanzie a tutela del « pluralismo individuale, sociale e politico » BALDASSARRE, voce « Diritti inviolabili », in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, Ed. Enc. it., 1989.

sibilità di utilizzare le categorie giuridiche tradizionali, forgiate essenzialmente per il diritto del mercato, per inquadrare il nuovo fenomeno e governarne l'espansione ⁶.

A questo interrogativo non può essere però data una risposta unitaria perché la sua soluzione deve essere modulata a seconda dei diversi settori nei quali l'autonomia è chiamata ad operare.

In ogni caso la manifestazione di volontà, non più riferita ad un ordine economico di mercato di cui il diritto si fa strumento, ma alla persona proprio in quanto espressiva della sua autonomia — nel senso già chiarito di diritto (costituzionale) di autodeterminazione nelle scelte esistenziali — appare difficilmente però riconducibile, se non a patto di evidenti forzature, alle logiche che determinano la configurazione di quella stessa manifestazione quando è espressione del potere di autodeterminazione del soggetto nel diritto del mercato attraverso il suo potere di disposizione.

È del tutto evidente, ad esempio, che l'esigenza di garantire il libero sviluppo della persona e di assicurarne la tutela nel suo svolgimento dinamico in quanto espressione di un diritto di rango costituzionale entri in rotta di collisione con l'esigenza di assicurare la certezza e la stabilità della regolamentazione che domina invece nell'area degli interessi patrimoniali, com'è ampiamente testimoniato da quanto accade in quelle aree di confine in cui le due sfere vengono più frequentemente a contatto, come il diritto d'autore ed i diritti della personalità morale ⁷.

Il consenso, collegato al diritto all'autodeterminazione e strumento per l'espressione delle proprie scelte esistenziali fondamentali e dei progetti di vita individuali, non sembra poter essere ricondotto automaticamente al consenso che esprime l'autonomia privata ed alla sue categorie formali.

3. Il consenso nella giurisprudenza.

L'emersione del principio del consenso al crocevia fra il diritto alla libertà personale ed il diritto alla salute non è casuale. Anzi, nella nostra tradizione, l'autodeterminazione tende a svilupparsi prima proprio nella *penumbra* dell'art. 32 Cost. ⁸, a cui si aggiunge una certa timidezza nell'uso

⁶ In questa direzione fra i molti sia pure diversamente CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 1, 87, e NIVARRA, *Il caso Englaro e i paradossi dell'autonomia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, 3, 356.

⁷ Per tutti RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, Jovene, 2005.

⁸ La strada dell'art. 13 Cost. è ostacolata infatti da un'interpretazione rigida che ne delimita la portata (cfr. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, I, Padova 1985, 160, AMATO, voce

della clausola generale dell'art. 2 Cost. e una ostinata tendenza a limitare l'impiego dell'art. 13 Cost. nell'area del diritto penale. Man mano che il diritto alla salute perde, infatti, la connotazione esclusivamente pubblicitica con la quale veniva in origine prevalentemente presentato (come diritto all'assistenza sanitaria), può essere portato alla ribalta e valorizzato anche il suo carattere di « fondamentale diritto dell'individuo » che pure gli riconosce testualmente lo stesso art. 32 Cost.

Le sue potenzialità espansive cominciano ad entrare in azione quando alla dimensione fisica di salute viene gradualmente affiancata quella psichica ⁹. L'affermazione della salute come « benessere ed equilibrio psichico » offre la base per legittimare una serie di interventi sul corpo che entrerebbero in rotta di collisione con i principi sanciti nel diritto civile, in particolare quelli dell'art. 5 cod. civ. In una serie di casi noti che vanno dalla sterilizzazione volontaria al cambiamento di sesso il richiamo alla salute permette infatti interventi sul corpo, pure lesivi dell'integrità fisica, « quando la sua materiale lesione risponda ad una scelta dell'individuo (non contraria all'ordine pubblico ed al buon costume) nel senso della salute, anche solo psichica » ¹⁰.

La salute in quanto diritto le cui modalità di esercizio sono affidate interamente al titolare può diventare allora l'avanguardia che consente di gettare un ponte verso l'affermazione di un più ampio diritto di autodeterminazione, anche se proprio l'origine nell'art. 32 Cost. non mancherà di portare con sé alcune ambiguità, comprimendone la piena espressione, come la vicenda del cambiamento di sesso testimonia ¹¹.

Il principio non tarda a diffondersi rapidamente nella giurisprudenza a cominciare da quella penale. Nel giudicare il caso di un medico che, dopo aver ottenuto il consenso dal paziente per un tipo di intervento, cambia in modo inaspettato l'operazione in assenza di alcuna emergenza, pericolo o situazione nuova, la Cassazione non ha dubbi nel condannare il medico. La Corte, infatti, fondando la sua decisione sui diritti fondamentali alla libertà

« Libertà (dir. cost.) », in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, 272; ma vedi diversamente BALDASSARRE, voce « Libertà I. Problemi generali », in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, Ed. Enc. it., 1990).

⁹ Fondamentale è il riconoscimento della salute psichica della donna ai fini dell'interruzione della gravidanza intesa come benessere psicofisico proiettato nella vita di relazione (Corte cost., 13 febbraio 1981, n. 26, in *Foro it.*, 1981, I, 918; Corte cost., 25 giugno 1981, n. 109 e Corte cost., 25 giugno 1981, n. 108, in *Foro it.*, 1981, I, 1793 ss.) che si combina alla libertà personale ed è servita a sostenere il diritto all'aborto nella giurisprudenza costituzionale.

¹⁰ Cass. pen., 18 marzo 1987, in *Giur. it.*, 1988, II, 269; Corte cost., 24 maggio 1985, n. 161, in *Giur. cost.*, 1985, I, 1173, commenti in RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, il Mulino, 1995.

¹¹ RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit.; PALMERI-VENUTI, *Il transessualismo tra autonomia privata ed indisponibilità del corpo*, in *Dir. fam.*, 1999, n. 4, 1331 ss.

personale ed alla salute del paziente può affermare che « la salute non è un bene che può essere imposto coattivamente al soggetto interessato [...] ma deve fondarsi esclusivamente sulla volontà dell'avente diritto, trattandosi di una scelta che riguarda la qualità della vita e che pertanto lui e lui solo può legittimamente fare », ribadendo che « [...] doveva essere lasciato alla libera scelta (dell'interessato) se trascorrere in maniera fisicamente e psicologicamente dignitosa gli ultimi giorni della sua esistenza ». Pur ancora tutto all'interno di un riferimento alla qualità della vita, viene portata però alla luce in modo estremamente chiaro come solo al paziente (e non al medico) spetti decidere « che cosa sia davvero meglio per lui ».

La giurisprudenza dunque porta la volontà al centro della scena, richiedendo come elemento essenziale il consenso libero, informato e non condizionato ¹².

Sarà la Corte costituzionale, alle soglie degli anni novanta, ad intervenire in modo significativo, segnando l'abbandono definitivo dell'originaria prospettiva privatistica del potere di disposizione per attrarre il governo del corpo, in quanto espressione dei valori della persona, definitivamente nell'orbita delle libertà costituzionali.

Con una decisione la Corte generalizza il principio che non si può essere sottoposti a « trattamenti sanitari obbligatori » contro la propria volontà e stabilisce che la libertà di disporre del proprio corpo è espressione della libertà personale riconosciuta e protetta dall'art. 13 Cost. come diritto inviolabile che garantisce la persona non diversamente dal diritto alla vita ed all'integrità fisica ¹³ e ribadisce il legame con il diritto alla salute ¹⁴

¹² Fra le molte, Cass., 10 dicembre 1986, n. 7372, in *Giust. civ.*, 1987, I, 561, che sottolinea come il principio non possa essere violato neanche se l'intervento è « diretto a vantaggio del titolare del diritto », Cass., 21 aprile 1992-13 maggio 1992, n. 699, in *Dir. fam.*, 1992, 1013, che vi include il diritto di rifiutare le cure mediche, Trib. Milano, 4 dicembre 1997, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, 1129, ritiene necessario il consenso anche per interventi « astrattamente utili » e « tecnicamente riusciti ». Sul punto cfr. SANTOSUOSSO, *Il consenso informato. Tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, Milano, Raffaello Cortina, 1994; CACACE, *Informazione, consenso e rifiuto di cure: (il)liceità del trattamento sanitario e (im)possibile conciliazione fra diritti del paziente e libertà del sanitario*, in COMANDÉ (a cura di), *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2004, 77.

¹³ Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471, in *Foro it.*, 1991, I, 14, e poi ancora Corte cost., 9 luglio 1996, n. 238, a proposito di prelievo ematico coattivo per il quale la Corte ritiene « necessaria la libera manifestazione di volontà della parte », invertendo la gerarchia rispetto agli interessi pubblici legati alla giustizia ed all'accertamento dei reati.

¹⁴ Casi delle trasfusioni ai testimoni di Geova: Pret. Roma, 9 aprile 1997, in *Bioetica*, 2000, 132, e GIP Messina, 26 luglio 1995, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 202. Ancora recentemente cfr. Cass., 23 febbraio 2007, n. 4211, in *Foro it.*, 2007, I, 1711, sulla quale le osservazioni di CARUSI, *Tutela della salute, consenso alle cure, direttive anticipate: l'evoluzione del pensiero privatistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 7, che puntualizza come il diritto di autodeterminazione non sia stato compresso, ma semplicemente definito nelle sue modalità, almeno nel caso del paziente pienamente capace.

precisando che il suo esercizio deve essere compatibile con il limite dall'art. 32, comma 2, cioè « della dignità della figura umana ». Nella stessa decisione la Corte aggiunge che, sempre secondo l'art. 32 Cost., solo la legge può disporre « trattamenti sanitari obbligatori », quando ad essere in gioco è la salute collettiva e, in ogni caso, l'eventuale intervento legislativo non deve mai essere tale da violare il « rispetto della persona umana ». Nello stesso tempo, in un'altra decisione, la Corte può precisare come « l'autodeterminazione dell'uomo » sia strettamente inerente « al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale »¹⁵.

Il consenso diventa lo strumento che assicura un più ampio potere di controllo del proprio corpo e della propria salute, un governo che si è gradualmente spinto fino al rifiuto di determinati trattamenti, anche quando possono essere potenzialmente idonei a salvare la vita. In questo caso molto spesso l'esercizio del diritto alla salute si è trovato ad operare in un quadro complesso di compatibilità con altri diritti che competono alla persona, come la libertà di pensiero e di religione¹⁶.

Rispetto a questo quadro il collegamento ora proposto dalla Corte fra l'art. 32 Cost. e l'autodeterminazione segna un ulteriore passo in avanti sotto almeno due profili¹⁷. In primo luogo, l'affermazione di un autonomo diritto all'autodeterminazione distinto dal diritto alla salute, radicato negli artt. 2 e 13 Cost., seppure poi alla salute in conclusione ricondotto dalla Corte, sembrerebbe lasciar infatti intravedere una maggiore duttilità ed una portata applicativa più ampia. In secondo luogo, sottolineando il profilo dell'autodeterminazione, la Corte pone l'accento sul profilo attivo della scelta, piuttosto che su quello negativo del rifiuto di trattamento, attraendo, per usare i termini classici, la questione dalla sfera della *libertà da* (art. 32, comma 2°, Cost.) a quella della *libertà di scegliere* (art. 13 Cost.)¹⁸.

La combinazione fra i diritti fondamentali apre uno scenario nuovo nel quale la posizione giuridica del titolare della garanzia diventa complessa, entrano in gioco infatti non solo la pretesa di essere curati ed il dovere di curare, ma anche la pretesa di poter contribuire ad identificare la cura e le terapie a cui essere sottoposti, il diritto di non subire cure a cui non si sia

¹⁵ Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307; Corte cost., 23 giugno 1994, n. 258; e Corte cost., 18 aprile 1996, n. 118.

¹⁶ ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso del S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 1.

¹⁷ SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà. Una storia fra diritto e scienza*, Milano, Raffaello Cortina, 2001.

¹⁸ Il principio del consenso informato può essere considerato implicito nell'art. 32 Cost. enucleato infatti come profilo negativo del diritto alla salute come pretesa ad essere curati (cfr. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario*, cit., 91).

prestato il proprio consenso o manifestato il dissenso, il diritto a non essere discriminati nelle modalità di somministrazione dei trattamenti sanitari ¹⁹.

Il diritto all'autodeterminazione, espressione della libera costruzione della sfera personale, viene emergendo lungo una linea di tendenza in cui i due principi della libertà e della dignità, una dignità che deve essere non solo individuale, ma anche sociale (art. 36 Cost.) ²⁰, sono strettamente connessi e non in contrapposizione.

4. Il consenso nel diritto internazionale e sovranazionale.

Il principio del consenso del resto è emerso, da tempo, in alcuni accordi con efficacia vincolante come il Patto internazionale sui diritti civili e politici (adottato dall'Assemblea generale della Nazioni Unite il 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore il 23 marzo 1976) in cui è stato ricondotto alla protezione della dignità umana. L'equiparazione di qualunque sperimentazione realizzata senza il libero consenso ad un trattamento inumano e degradante (art. 7) consente di assicurare il rispetto del corpo umano contro tutte le forme di utilizzazione che, riducendo l'uomo a semplice oggetto di ricerca, si rivelino tali da incidere sulla dignità umana.

A livello europeo il consenso, al centro di diverse raccomandazioni, risoluzioni e direttive che mirano ad inquadrare i progressi scientifici e medici all'interno dei principi etici e giuridici, ha trovato poi esplicito riconoscimento nella Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, del 4 aprile 1997, adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa (c.d. Convenzione di Oviedo), dove il consenso libero ed informato è considerato un principio generale applicabile all'intero campo della tutela della salute e ne è assicurata la revocabilità in ogni momento (« È possibile effettuare un intervento, nel campo sanitario, solo previo il consenso libero e consapevole della persona interessata la quale riceve, innanzitutto, una informazione adeguata sia rispetto al fine e alla natura dell'intervento che alle conse-

¹⁹ Significativa, oltre alle sentenze che hanno per oggetto il c.d. "caso Englaro", T.A.R. Lazio, 12 settembre 2009, n. 8650, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, con nota di PIOGGIA, *Il diritto alla salute e la "direttiva Sacconi" sull'obbligatorietà di nutrizione e idratazione artificiali*, 386 ss., e T.A.R. Lombardia, Milano, 22 gennaio 2009, n. 214, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, con commento di PIOGGIA, *Consenso informato e rifiuto di cure: dal riconoscimento alla soddisfazione del diritto. A proposito della sentenza Tar Lombardia 214 del 2009*, 267 ss.

²⁰ È da notare come proprio questo articolo richiami l'endiadi fra i due termini parlando di « un'esistenza libera e dignitosa », RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007, e MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 1, 67 ss.

guenze e ai rischi. La persona interessata può, in ogni momento, ritirare liberamente il suo consenso », art. 5). E dove è previsto anche che il consenso possa spiegare i suoi effetti anche per il futuro, per situazioni nelle quali l'interessato non si trova in condizione di farlo adeguatamente (« Verranno presi in considerazione i desideri precedentemente espressi, in relazione a un intervento medico, da un paziente che, al momento dell'intervento, non sia in grado di esprimere la propria volontà », art. 9).

È stata però la Carta dei diritti, affrontando la tutela della persona in una prospettiva del tutto nuova rispetto a quella tradizionale, a ribadire nitidamente che il consenso — insieme al divieto di fare del corpo umano « in quanto tale » un oggetto di profitto, il divieto dell'eugenetica di massa e della clonazione riproduttiva — costituisce uno dei principi fondamentali « nell'ambito della medicina e della biologia » (art. 3).

Il principio formulato all'art. 3 nel quadro della tutela dell'integrità si inserisce nel più vasto disegno della Carta in cui la tutela della persona — pur dislocata all'interno di una costellazione complessa, in cui il governo del corpo e della salute è assegnato alla dignità, mentre alla libertà sono assegnati invece il tradizionale « diritto al rispetto della propria vita privata e familiare » (art. 7) ed il nuovissimo diritto alla protezione dei dati personali (art. 8) che opportunamente delinea una diversa forma di tutela necessariamente dinamica che segue i dati nella loro circolazione — è strutturata però in modo tale da mantenere sempre il collegamento fra la persona ed il proprio corpo, in modo da non consentire ad altri la costruzione della propria sfera privata.

5. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

In ogni caso non vi è dubbio che il principio del consenso fondato sull'autodeterminazione personale tenda ad affermarsi progressivamente e, nel dialogo instauratosi fra le diverse giurisprudenze delle Corti Supreme, si consolidi ovunque come condizione necessaria per legittimare le interferenze con la sfera privata e l'integrità del corpo.

A livello europeo l'attività delle Corti ha decretato il definitivo successo di questo modello nell'interpretazione del diritto consacrato dall'art. 8 della Convenzione ²¹ che ha utilizzato non soltanto per colpire incriminazioni penali ed intercettazioni telefoniche illegittime, ma anche contro

²¹ Per tutti *Niemietz c. Germania* 16 dicembre 1992 dove è ribadita anche una dimensione relazionale e non soltanto spaziale del diritto alla vita privata.

tutta una serie di interferenze nella vita privata e nell'organizzazione della vita familiare ed affettiva delle persone talmente ampia da sfiorare l'ipertrofia²². Ed ugualmente importante è da considerarsi l'esportazione del principio all'interno del diritto comunitario attraverso il dialogo instaurato fra questa Corte e la Corte di giustizia²³.

La Corte ha riconosciuto l'esistenza di alcuni profili della persona che cadono all'interno di una sfera privata (come le relazioni sessuali ed i diversi modi in cui queste possono essere sviluppate²⁴) e costituiscono un nucleo fondamentale di libertà da assicurare al singolo per consentirgli l'esercizio della sua autonomia decisionale, paralizzando qualunque forma di controllo sociale realizzata attraverso la legislazione e l'intervento dell'ordinamento dello Stato al quale appartiene²⁵.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha così affermato l'esistenza di un diritto all'autodeterminazione come diritto di prendere decisioni che riguardano il proprio corpo. Nel caso *Pretty* la Corte può affermare che, sebbene in nessuno dei casi precedenti sia stato riconosciuto un diritto all'autodeterminazione in quanto tale, « la nozione di autonomia

²² Alla tutela della vita privata la Corte europea per i diritti dell'uomo ha ricondotto il diritto di scegliere il proprio orientamento sessuale (*Dudgeon c. Regno Unito*, Serie A n. 45, 22 ottobre 1981, *Norris c. Irlanda*, Serie A. n. 142, 26 ottobre 1988, *Modinos c. Cipro* Serie A n. 259, 22 aprile 1993, *Laskey, Jaggard e Brown c. Regno Unito*, 19 febbraio 1997), la protezione contro lesioni dell'integrità fisica (*X e Y c. Olanda*, 26 marzo 1985, *Stubbings ed altri c. Regno Unito* 22 ottobre 1996), il diritto di mantenere i legami personali (*C. c. Belgio*, 7 agosto 1996), il diritto al nome (*Burghartz v. Svizzera* 22 febbraio 1994, *Sjerna c. Finlandia*, 25 novembre 1994, *Daròczy c. Ungheria*, 1 luglio 2008), il diritto alla protezione dei dati personali che attengono alla vita privata (Comm. eur. dir. uomo *Leander c. Svezia*, 17 maggio 1985) o meno (*Rotaru v. Romania*, 4 maggio 2000), limite alla conservazione ed al trattamento dei dati personali (DNA e impronte digitali) con possibilità di distruggere gli stessi (*Marper c. Regno Unito*, 4 dicembre 2008), il diritto ad evitare immissioni nocive (*Lopez Ostra c. Spagna*, 9 dicembre 1994), il diritto ad avere informazioni circa l'ambiente (*Guerra ed altri c. Italia*, 19 febbraio 1998, *McGinnis e Egan c. Regno Unito* 9 giugno 1998), la rimozione delle barriere architettoniche (*Botta c. Italia* 24 febbraio 1998), il diritto della donna all'aborto terapeutico (*Tysiàc c. Polonia* 20 marzo 2007), il diritto del detenuto ad accedere alle tecniche di inseminazione artificiale (*Dickinson c. Regno Unito*, Grande Camera, 4 dicembre 2008), il diritto della cittadina omosessuale di accedere all'adozione di un minore (*E.B. c. Francia*, Grande Camera, 22 gennaio 2008), il diritto di mantenere uno stile di vita in quanto appartenente ad un gruppo minoritario (Comm. eur. dir. uomo *G. e E. c. Norvegia*, 3 ottobre 1983), il diritto del padre non coniugato di ottenere l'affidamento condiviso (*Zaunegger c. Germania*, 3 dicembre 2009).

²³ Così C. giust. CE, *Hoechst AG c. Commission*, 46/87, 227/88, rec. 2919, 19 e C. giust. CE, *Konstantinis c. Stadt Altensteig et al.* C-168/91, rec. I-1191.

²⁴ Nei casi *Dudgeon*, *Norris*, *Modinos* *Laskey*. Da ultimo si veda Corte EDU, *Kozak c. Polonia*, ricorso n. 13102/02 del 2 marzo 2010, ove al par. 98 i giudici statuiscano che non vi è un unico modo di vivere la vita privata e familiare e che tale diritto di scegliere come condurre l'esistenza spetta e deve essere riconosciuto a tutti senza distinzioni o discriminazioni quali l'orientamento sessuale.

²⁵ Seppur non investita direttamente della questione la Corte ha potuto affermare che un trattamento nuovo a carattere sperimentale senza il consenso può essere considerato un trattamento inumano e degradante (così in *X c. Danimarca*, 2 marzo 1982).

personale rispecchia un principio importante sotteso all'interpretazione delle garanzie dell'art. 8 »²⁶.

Con la conseguenza che « in ambito sanitario, il rifiuto di accettare un trattamento particolare potrebbe, inevitabilmente, condurre ad un esito fatale, ma l'imposizione di un trattamento medico senza il consenso del paziente se è adulto e sano di mente costituirebbe un attentato all'integrità fisica dell'interessato che può mettere in discussione i diritti protetti dall'art. 8.1 della Convenzione »²⁷.

Il riferimento all'autonomia decisionale è ripreso a proposito del « diritto che spetta ad ognuno di determinare i dettagli della sua identità di essere umano » e viene messo in relazione con « la dignità e la libertà dell'uomo (che) sono l'essenza della Convenzione »²⁸.

In questa prospettiva tale diritto può spingersi ad includere allora anche « la possibilità di dedicarsi ad attività fisicamente o moralmente pregiudizievoli o pericolose per la propria persona », non è escluso però che lo Stato – in tali frangenti — possa « adottare misure coercitive o di carattere penale » ogni volta in cui ci sia la necessità di proteggere altre persone (deboli e vulnerabili) nei confronti dello stile di vita scelto.

Se il riconoscimento del diritto è limitato dalla presenza di conseguenze negative per gli altri è evidente che i comportamenti non convenzionali e non conformi alla normalità diventano tutti potenziali candidati per giustificare l'intervento. E ciò anche se le loro conseguenze pubbliche sono scarse o addirittura nulle, come avviene quando tali comportamenti avvengono all'interno della propria abitazione o lontano dagli sguardi indiscreti degli altri.

Di recente, però, la Corte di Strasburgo ha ribadito il concetto di autonomia personale, spingendosi ad affermare l'illegittimità delle interferenze statali e segnatamente del diritto penale anche rispetto a pratiche sadomasochistiche estreme e particolarmente violente, sempre purché poste in privato e con il consenso della vittima²⁹.

²⁶ *Pretty c. Regno Unito*, Corte EDU, 29 aprile 2002.

²⁷ *Pretty c. Regno Unito*, cit., par. 63.

²⁸ *Christine Goodwin c. Regno Unito*, Corte EDU, 11 luglio 2002, *Mikulic c. Croazia* (7 febbraio 2002, par. 53), *Odièvre c. France* (13 febbraio 2003, par. 29).

²⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 febbraio 2005, *K.A. e A.D. c. Belgio*; vedi il commento di FABRE-MAGNAN, *Le sadisme n'est pas un droit de l'homme*, in *Dalloz*, 2005, 2973 e di PIEPOLI, *Agire contro di sé*, in *Giur. it.*, 2007, 2, 524, ma già la Corte nel caso *Laskey*, cit., pur scegliendo di non affrontare la complessa questione della legittimità dell'iscrizione di queste pratiche sessuali al nucleo essenziale del diritto alla vita privata, ma muovendosi sulla base dell'apprezzamento della necessità, legittimità e proporzionalità dell'intervento statale — che proprio per il pericolo di lesioni gravi che queste ipotesi, al contrario dei precedenti che riguardano l'omosessualità, presentano, può essere giustificato — ne aveva giudicato la legittimità.

Agli individui può essere dunque riconosciuta una sfera di autonomia rispetto all'uso del proprio corpo, quando da essa dipenda la protezione dell'intimità e dell'identità, ma questa non può tradursi in una sfera di assoluta autonomia. Di questa ineludibile necessità e dello scrutinio spesso spigoloso a cui talvolta può dar luogo la decisione sono testimonianze i diversi tentativi della Corte di eludere un'aperta valutazione per rifugiarsi piuttosto nel bilanciamento previsto dal comma 2° dell'art. 8.

In ogni caso, sotto le vesti della protezione dei più deboli, la Corte sembra abbastanza favorevole a lasciar spazio all'eventuale paternalismo dei singoli legislatori nazionali. Così la condizione di vulnerabilità delle persone che soffrono di una malattia terminale, sebbene vari di caso in caso, ed il pericolo di abusi a loro danni, diventa l'argomento sul quale la Corte può giustificare la legittimità della legislazione penale e negare la richiesta della signora Pretty.

6. Consenso e *constitutional privacy* (o *privacy of autonomy*).

Neanche le singole giurisdizioni nazionali si sono fatte pregare per espandere contenuti e significati di una garanzia nei confronti degli interventi legislativi — che ormai si muove variamente, a seconda dei diversi ordinamenti, all'interno di un compasso allargato fra diritto allo sviluppo personale ed alle scelte esistenziali e diritto all'integrità fisica ed alla salute — in modo non dissimile da quanto è accaduto con la *constitutional privacy* davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti³⁰.

È possibile ricordare l'art. 15 Cost. in Spagna che, proteggendo l'integrità fisica e morale, ha potuto fondare l'esistenza del principio. Di fronte al provvedimento di alimentazione forzata di un detenuto in sciopero della fame, la Corte ha accolto la richiesta del detenuto di impedirla estendendo il principio a tutte le interferenze con la sfera personale non autorizzate dal titolare³¹. La stessa cosa è potuta accadere in Germania in base all'art. 2, comma 1°, che consacra il diritto al libero sviluppo della personalità collegato al comma 2° che assicura il diritto all'integrità fisica³² o in Canada in base al rispetto della vita privata (art. 5) ed al diritto « *à la sécurité de sa personne* » (art. 7), al quale è ricondotto il principio di autonomia personale³³.

³⁰ L'ultimo significativo *restatement* è *Lawrence v. Texas*, 123 S.Ct. 2472 (2003).

³¹ Trib. Const., 27 giugno 1990.

³² BJC 1997, I a proposito del rimborso delle spese da parte dell'assistenza sanitaria per medicinali non ufficialmente approvati.

³³ *R. c. Dymont* (1988), 2 RCS 417, dove l'utilizzazione di informazioni risultanti dalle analisi di un campione di sangue è stata subordinata al consenso dell'interessato. Sul punto si veda NANNINI, *Il consenso*

Anche dove il principio non può appoggiarsi ad un'autonoma disposizione come è accaduto negli Stati Uniti, dove tale principio è nato nella *penumbra* della *constitutional privacy*, l'apertura della nuova frontiera può essere fatta risalire ai famosi *leading cases* discussi a cavallo fra la fine degli anni '60 ed i primi anni '70 dalla Corte Suprema, che segnano la trasposizione della *privacy* dall'area dei *torts* — dove Warren e Brandeis l'avevano radicata³⁴ — al piano costituzionale.

Il cammino della *privacy* non sembra essersi arrestato, anzi oggi è chiamata ad operare non più soltanto nel senso di escludere dalla propria sfera personale un privato contro un altro privato, ma anche contro le interferenze statuali. In tal modo la *privacy* perde i connotati del *tort*, ma forse non il suo significato originario, se è vero già per Warren e Brandeis che la pubblicità di fatti attinenti alla vita privata di un individuo, nonché la continua minaccia alla quale in mancanza di una idonea protezione gli individui finiscono per subire, inibisce la possibilità di sperimentare diversi stili di vita, producendo conformità verso le norme sociali ed un soggetto « standardizzato »³⁵.

al trattamento medico, Milano, Giuffrè, 1979, e FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico. Principi, problemi e linee di tendenza*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, Giuffrè, 1998, 199. In Svizzera, anche prima della nuova disposizione della Costituzione (art. 24 *novies*) che afferma il divieto di analisi, registrazioni e rivelazioni di informazioni che riguardano il patrimonio genetico di una persona senza il consenso dell'interessato o sulla base di una disposizione di legge, il Tribunale costituzionale ha affermato il diritto al rispetto dell'integrità fisica, fondandolo sul diritto alla libertà personale inteso nel senso di comprendere « l'esercizio di tutte le libertà elementari di cui l'esercizio è indispensabile allo sviluppo della personalità umana »: Trib. Fed. Suisse, 1988, 114, 350, a proposito di un intervento medico senza informazione preventiva ed ancora successivamente riaffermato nel caso di un trapianto d'organi e di tessuti senza il consenso esplicito del donatore defunto (BJC 1997-2, p. 298).

³⁴ Il riferimento è all'arcifamoso WARREN-BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, 4, 193 vale la pena ricordare come l'origine del *tort* possa assumere una colorazione continentale in particolare se riferita agli *Individualrechte* come "signoria sopra una parte della propria sfera di personalità" posti dal diritto tedesco alla base della protezione delle creazioni intellettuali che proprio sul lavoro e sulla attività creativa fondano la *ratio* della tutela (per tutti cfr. GAREIS, *Die Privatrechtssphaeren in modernen Kulturstaate*, in *Zeitschrift fuer Gesetzgebung und Praxis*, 1877, 3 ss.).

WARREN e BRANDEIS, infatti, sembrano averne ereditato la filosofia complessiva imponendogli un *twist* particolare che si delinea attraverso queste fasi:

— dal controllo del modo in cui si esprimono e si riproducono le idee al controllo dei fatti e delle idee stesse;

— dal controllo sui risultati della propria attività intellettuale al controllo del modo in cui si produce il soggetto stesso e la sua identità viene presentata al pubblico;

— la rivelazione non autorizzata ostacola l'espressione e lo sviluppo individuale, in quanto il pericolo di una rivelazione on autorizzata può indurre l'individuo a tenere comportamenti conformistici;

— dal modello proprietario ad una struttura aperta (*tort*) che permette il bilanciamento con altre esigenze che possono entrare in conflitto con esso.

Sulla genesi ora cfr. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, cit.

³⁵ WARREN-BRANDEIS, *The right to privacy*, cit., i quali esaltano il rimedio come reazione nei

È proprio a livello costituzionale che la tutela offerta alla persona dalla *privacy* comincia ad essere assicurata non soltanto rispetto ad invasioni fisiche in uno spazio privato prevalentemente identificato con il domicilio, ma anche in un contesto più ampio rispetto a tutte le altre possibili interferenze con la sfera privata, anche quelle che non si svolgono al riparo degli occhi indiscreti del pubblico. La deterritorializzazione della *privacy* serve dunque a porre le basi per una sorta di « diritto al silenzio » circa le proprie opinioni politiche o altre scelte e comportamenti personali che si colora chiaramente già di *equal protection*.

Passata attraverso questa esperienza la *privacy* ritornerà nelle sue nuove vesti ad influenzare anche le ricostruzioni dei diritti della personalità nel diritto privato ³⁶.

Nella giurisprudenza costituzionale infatti questa dimensione relazionale è già implicita nel caso *Griswold*, dove la violazione che conduce alla declaratoria di incostituzionalità evidentemente non è tanto costituita dall'invasione dell'intimità della *marital bedroom* da parte della polizia — sarebbe infatti bastato il riferimento al IV Emendamento per fondare la garanzia — ma è localizzata nel tentativo di influenzare il modo in cui è possibile svolgere le proprie relazioni personali (nel caso quella matrimoniale garantita da altre norme costituzionali) come inevitabile risultato delle sanzioni previste dalla legislazione statale ³⁷.

La stessa giurisprudenza costituzionale evidenzia come la garanzia rappresentata dalla *privacy* opera come un limite al potere statale di vincolare scelte che attengono alla dimensione esistenziale dell'individuo, ricollegandosi anche ad una linea di precedenti risalenti già agli anni venti che riguardano l'educazione dei figli ³⁸, garantendo l'autonomia decisionale

confronti della lesione della libertà individuale e dell'offesa alla dignità, del resto come *dignitary tort* la *privacy* opera indipendentemente dal presupposto del danno (è semmai Prosser ad aver ricondotto il fondamento della *privacy* al danno morale che il singolo può subire, cfr. PROSSER, *Privacy*, in *California Law Review*, 1960, 48, 383 sul punto cfr. GAVISON, *Too early for a requiem. Warren and Brandeis were right on privacy vs. free speech*, in *Southern California Law Review*, 1992, 43, 437).

³⁶ Per la linea della contiguità fra le due espressioni GERETY, *Redefining privacy*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 1977, 12, 233 e GAVISON, *Privacy and the limits of law*, in *Yale Law Review*, 1980, 89, 421.

³⁷ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 485-86 (1974). La possibilità di scegliere relazioni sessuali soltanto a scopo riproduttivo evidenziano il ruolo costitutivo dell'intervento statale, il modo in cui può contribuire a conformare la propria identità.

³⁸ *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923) sull'incostituzionalità di una legge che proibiva l'insegnamento delle lingue straniere nella scuola elementare e *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510, (1925) sull'incostituzionalità di una legge che negava la possibilità di fondare scuole private. *Loving v. Virginia*, sul divieto di sposare persone che appartengono ad altre razze *Moore v. East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977), sulla limitazione agli insediamenti residenziali di famiglie nucleari con esclusione di altri

della persona in una prospettiva in cui l'autodeterminazione diventa costitutiva della persona stessa.

Prende forma, allora, una sfera dai confini mobili nella quale non è possibile alcuna interferenza ad opera dell'intervento normativo, se non in base al consenso degli interessati o per una particolare giustificazione in circostanze specifiche (« *compelling interest* »), una sfera che consente, per usare le parole del giudice Douglas, « the freedom of choice in the basic decisions of one's life », una sfera abbastanza ampia che comprende insieme al diritto allo sviluppo della propria personalità anche « il diritto alla cura della propria salute e persona, la libertà da limitazioni e costrizioni che riguardano il corpo »³⁹.

È significativo che, in una delle ultime pronunce sull'aborto, in cui la Corte Suprema peraltro ritorna in modo ambiguo sul diritto ad interrompere la gravidanza lasciando aperta la possibilità di un intervento ad opera dello Stato⁴⁰, senta però la necessità di precisare come la sua giurisprudenza sulla *privacy* si collochi alla confluenza di due diversi filoni: quello che riguarda le decisioni personali che attengono alla famiglia, del quale il diritto di porre fine alla gravidanza costituisce soltanto una parte, e quella che riconosce la libertà da trattamenti medici non desiderati e ed assicura la *bodily integrity*». Quest'ultima garanzia « of personal autonomy and bodily integrity, with doctrinal affinity to cases recognizing limits on governmental power to mandate medical treatment or bar its rejection » viene identificata con « the ultimate control over (one's) destiny and (one's) body [...] implicit in the meaning of liberty »⁴¹.

Nella prospettiva dell'autodeterminazione (« the autonomous control

gruppi parentali); *Skinner v. Oklahoma* 316 U.S. 533 (1942) per la sterilizzazione dei detenuti che hanno commesso reati a sfondo sessuale.

³⁹ Il riferimento è alla formulazione del giudice Douglas in *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113,153 (1973). La linea di precedenti che parte da *Griswold* continua infatti con *Eisenstad v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972), che estende il diritto alla contraccezione anche alle coppie non sposate e dove l'autodeterminazione è già messa in rilievo come autonomia decisionale circa e continua in *Roe v. Wade* 410, U.S. 113 (1973) in cui è sottolineata anche l'invasione dell'autonomia. La Corte ha ritenuto che la *privacy* contenga al suo interno un duplice profilo in cui, insieme all'indipendenza dell'individuo rispetto a certe scelte fondamentali, figura anche il più tradizionale aspetto della rivelazione di informazioni private, ma non ha richiesto per quest'ultimo il test dello *strict scrutiny* secondo il quale la legislazione statale deve esibire un *compelling state interest* per superare il vaglio di costituzionalità (*Whalen v. Roe*, 1976, la legislazione riguardava l'obbligo dei dottori e farmacisti di comunicare all'autorità pubblica le prescrizioni di alcuni farmaci).

⁴⁰ *Planned Parenthood v. Casey* (1992), 112 S.Ct. 2791. Una scelta che appare tanto più significativa in quanto una versione così ampia del diritto era stata esplicitamente scartata dal caso *Roe v. Wade*.

⁴¹ *Planned Parenthood v. Casey*, cit., 2810.

over the development and expression over one's intellect, interest, tastes, and personalità ») questa garanzia assume una forte capacità espansiva che la porta a tutelare il singolo contro ogni forma di regolamentazione dell'identità personale i cui fondamenti sono rintracciabili nel corpo.

L'idea che le garanzie costituzionali possano formare una *penumbra* in cui spetti alla Corte scandagliare per individuare e dare corpo ad un diritto fondamentale come la *privacy* ripropone però gran parte delle questioni fondamentali che hanno accompagnato questo dibattito sulla *constitutional privacy* (o *privacy of autonomy*). In particolare torna alla ribalta la selezione delle espressioni della libertà individuale che possono candidarsi ad essere inserite in quel « rational continuum which, broadly speaking, includes a freedom from all substantial arbitrary impositions and purposeless restraints » costituito appunto dalla *privacy* ⁴².

A questo interrogativo ancora oggi la giurisprudenza costituzionale americana non ha offerto una risposta chiara ⁴³. La Corte, in realtà, in questi anni — a dispetto di certe ricostruzioni che vogliono accreditare l'estremo individualismo del modello americano in contrapposizione a quello europeo — ha cercato di limitare la sfera della garanzia, seguendo due percorsi. Insieme ad uno *screening* estremamente rigoroso della conformità del preteso diritto alla storia ed alla tradizione del paese, tale da poterlo considerare « implicit in the concept of ordered liberty that neither liberty nor justice would exist if it were sacrificed » soltanto se assolutamente conforme ai valori della collettività in quanto già storicamente riconosciuto e protetto in passato — ha utilizzato la tecnica di intervenire a livello definitorio sul grado di generalità con cui viene ricostruita la pretesa, rendendo i precedenti molto spesso inutilizzabili.

Nella prima direzione ovviamente la limitazione della libertà agli interessi « tradizionalmente protetti » e la totale « storicizzazione » che ne risultava — di cui è emblematico il recente caso Lawrence ⁴⁴ — non poteva

⁴² Anche se la soluzione non è certo lontana dalla definizione della Corte nel caso Casey « the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life. Beliefs about these matters could not define the attributes of personhood were they formed under compulsion of the State »: *Planned Parenthood v. Casey*, cit., 2805.

⁴³ È questa l'opinione di Post, *Foreword: Fashioning the legal Constitution: culture, courts, and the law*, in *Harvard Law Review*, 2003, 117, 3.

⁴⁴ Con un significativo *overruling* la Corte ha riconosciuto proprio sulla base dell'evoluzione della sensibilità contemporanea che l'attività sessuale (svolta fra adulti dello stesso sesso consenzienti in privato) rientri in un'area di « autonomy of self that includes freedom of thought, belief, expression, and certain intimate conduct » che garantisce una forma di « liberty of the person both in its spatial and more transcendent dimensions », e che la legislazione statale che ne condizioni il significato ed i limiti sia contraria alla « dignity ».

non sollevare una serie di perplessità relative alla compressione dell'autonomia del giudizio di costituzionalità, fondato sui valori espressi in Costituzione, rispetto alle scelte espresse dalla legislazione statale. A quest'ultima, insieme alla tradizione, spetterebbe in definitiva di circoscrivere l'area delle libertà costituzionalmente protette.

Nella seconda, invece, la Corte tende a circoscrivere il diritto, isolando singole attività o decisioni rispetto al nucleo che normalmente caratterizza il diritto alla *privacy* come *personal autonomy*. Fra le singole espressioni della *privacy* — ricomprese nell'ambito delle forme di libertà che sono alla base della dignità personale e dell'autonomia — sono stati riconosciuti alcuni casi particolari fra i quali si annoverano: la contraccezione e la procreazione (il diritto di usare contraccettivi e di porre fine alla gravidanza, anche se l'esercizio di quest'ultimo può sempre essere reso più difficile dallo Stato ⁴⁵), le relazioni familiari e l'educazione dei figli (il diritto fondamentale di prendere decisioni « regarding child's care, custody and control » ⁴⁶ escluso il caso in cui la madre biologica sia sposata con un altro uomo che si assume il compito di farlo insieme a lei ⁴⁷), le relazioni sessuali (il diritto di avere rapporti sessuali fra adulti consenzienti dello stesso sesso in privato ⁴⁸) e la salute (il diritto di rifiutare trattamenti medici ⁴⁹, il diritto di rifiutare l'accanimento terapeutico con esclusione dell'eutanasia ⁵⁰).

7. Il consenso fra libertà e dignità.

La contrapposizione fra i modelli di *common law* e di *civil law* ⁵¹, fondata sul primato della libertà e dell'autodeterminazione nei primi e della dignità come limite nei secondi, corrisponde ad una semplificazione eccessiva.

Declamazioni a parte, la realtà operativa lascia invece intravedere

⁴⁵ Cfr. *Planned Parenthood of Southeastern Penn. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

⁴⁶ Cfr. *Meyer*, cit., *Pierce*, cit., ribadito ora da *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57, 75 (2000).

⁴⁷ Cfr. *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989).

⁴⁸ Cfr. *Lawrence v. Texas*, cit. Sulla giurisprudenza costituzionale in materia di *privacy* cfr. BARSOTTI, *Privacy ed orientamento sessuale. Una storia americana*, Torino, Giappichelli, 2005, che sottolinea l'approccio minimalista delle corti nella prospettiva calabresiana di un diritto mite prodromico ad un intervento legislativo.

⁴⁹ Cfr. *Cruzan v. Dir. Mo. Dep't. of Health*, 497 U.S. 261 (1990) lascia infatti aperta la possibilità di restrizione solo per persone in *persistent vegetative state*.

⁵⁰ Cfr. *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

⁵¹ Così MEULDERS-KLEIN, *Biomédecine, famille droit de l'homme: une même éthique pour tous?*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2000, 429.

un quadro più variegato e complesso anche per quanto riguarda le diverse utilizzazioni alle quali il principio di dignità viene piegato, che, più che come limite, viene spesso utilizzato per espandere gli spazi di autonomia del soggetto e sostenere il diritto all'autodeterminazione dell'individuo responsabile delle proprie scelte.

Del resto il collegamento fra libertà e dignità non può essere ignorato nella prospettiva della persona⁵². Una volta posto al centro il problema delle scelte esistenziali che coinvolgono la propria identità, è la dignità che giustifica la reazione nei confronti di tutti gli interventi che comprimono ed impongono una determinata identità all'individuo e sostiene l'autonomia individuale offrendogli un'ampia gamma di strumenti giuridici per poter far valere la propria scelta. Al tempo stesso la dignità, segnando la frontiera oltre la quale l'identità della persona viene negata, costituisce un limite all'esercizio della libertà stessa.

Il consenso in quanto principio derivato dall'autodeterminazione costituisce la condizione essenziale per giustificare un'interferenza con l'integrità corporale. Nelle giurisprudenze nazionali, però, non è considerato talvolta la sola condizione sufficiente.

Intanto, nel quadro del rifiuto di cure e cessazioni di trattamento medico per motivi religiosi, la giurisprudenza sembra ormai essersi stabilmente schierata a favore della libertà di religione, riconoscendo il diritto all'autodeterminazione anche a rischio di ledere l'integrità fisica.

A cominciare dalla Corte costituzionale tedesca che, di fronte al caso di un marito che aveva rifiutato la trasfusione di sangue per la moglie sulla base delle sue convinzioni religiose, riconosce la legittimità del rifiuto sulla base della libertà di culto e la possibilità di derogare anche alla norma penale quando la sanzione si rivela « una reazione sociale eccessiva » e significativamente « tale da ledere la dignità umana »⁵³. Nella stessa direzione verso il riconoscimento dell'autodeterminazione del paziente, permettendogli cioè di rifiutare la trasfusione sulla base delle credenze religiose, si sono orientate la giurisprudenza americana e canadese⁵⁴.

⁵² Cfr. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona* cit.

⁵³ 19 ottobre 1971, vedi FROMONT, *Commentaire de la jurisprudence constitutionnelle*, in *Revue de droit public*, 1972.

⁵⁴ Significativo il caso *Malette v. Shulman* (1990), 67 D.L.R. (4th) 321 (Ont. C.A.) dell'Ontario, in cui il medico interviene non ostante la dichiarazione di rifiuto preventivo contenuto in un documento della paziente a lui noto. La corte fa prevalere il consenso, anche quando è stato prestato anteriormente, sull'interesse pubblico alla protezione della vita e della salute e della professione medica. *Nancy B. v. Hôtel de Dieu de Québec* (Dominium Law Rep (4th) 1992): l'autodeterminazione giustifica la cessazione del trattamento medico anche quando vi è un rischio di morte. La corte ha infatti autorizzato la cessazione condizionandola alla presenza di tre requisiti fondamentali: la prova della validità del

Dove non sono state emanate apposite disposizioni legislative ⁵⁵, le diverse giurisprudenze tendono a distinguere i casi di cessazione del trattamento che conduce alla morte naturale del paziente, da quelli che prevedono l'aiuto al suicidio: la soluzione ruota infatti intorno alla distinzione classica, ma discutibile, fra « lasciar morire » e « far morire » ⁵⁶.

La Corte federale nordamericana, pur non includendo il caso fra quelli classici della *constitutional privacy*, ha consentito al malato, limitatamente ai casi in cui il consenso sia stato provato in modo chiaro e convincente, di rifiutare il trattamento. I giudici hanno ribadito il principio del consenso come componente essenziale di un *liberty interest* necessario all'individuo per garantire le sue scelte personali che nessuno, tanto meno le autorità pubbliche, possono impedire. La stessa Corte ha invece negato che l'aiuto al suicidio possa essere fondato sulla libertà protetta dal XIV Emendamento, facendo leva sull'impossibilità di far rientrare tale espressione della libertà individuale nel nucleo della tradizione del diritto americano, alla quale viene affidato dunque il ruolo selettivo delle diverse forme di autodeterminazione, anche se non ha affermato l'indisponibilità del diritto alla vita, lasciando ai singoli Stati la decisione se consentirla o meno ⁵⁷.

La giurisprudenza della Corte canadese ha ritenuto che il principio di autodeterminazione ricondotto alla garanzia del comma 1° dell'art. 7 della Carta non possa prevalere sul diritto alla vita tutelato dal comma 2°. Nel respingere

consenso, il rispetto di un periodo di tempo tale da permettere l'appello ed una successiva nuova verifica del consenso (cfr. TREMBLEY, *Les décisions de fin de vie et le respect de la l'autonomie de la personne*, in *Les droits de la personne et les enjeux de la médecine moderne*, sous la direction de LAMARCHE e BOSSET, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1996).

⁵⁵ In Olanda è stata approvata il 28 novembre 2000 una legge (entrata in vigore il 1 aprile 2002) che permette l'interruzione volontaria della vita e l'aiuto al suicidio e che prevede la non imputabilità per il medico che abbia soddisfatto alcuni criteri di informazione (e sempreché il malato sia incurabile allo stato della scienza); qui a partire dal 2004, l'eutanasia ha trovato applicazione anche per bambini di età inferiore ai 12 anni per i quali, però, è necessaria l'autorizzazione dei genitori; in Belgio è una legge del 16 maggio 2002 a disciplinare l'eutanasia; in Lussemburgo è la recente legge n. 46 del 16 marzo 2009 a disciplinare in modo esaustivo le direttive anticipate di trattamento, l'eutanasia e l'assistenza al suicidio, nonché le disposizioni di fine vita; la Germania si è data una nuova disciplina con le *Patientenverfügungen*, "Disposizioni del paziente" in vigore dal settembre 2009, sulle quali si rinvia a ZATTL, *Le « disposizioni del paziente »: ci vorrebbe un legislatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 313 ss.

⁵⁶ Con il risultato di attrarre nell'orbita del suicidio, per una critica RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., secondo il quale il principio di uguaglianza dovrebbe infatti assicurare parità di trattamento a prescindere dalla *condizione personale* e consente di prendere in considerazione la condizione del morente senza riguardo alle particolarità del caso (chi può rifiutare le cure o chi ha bisogno di aiuto).

⁵⁷ Il principio affermato dalle Corti Supreme statali (In *Re Quinlan*, 70 N.J. 10, 355 A.2d 647 (1976), *Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz*. Supreme Judicial Court of Massachusetts, Hampshire, 373 Mass. 728, 370 N.E.2d 417 (1977) è stato ricondotto dalla Corte Suprema federale alla clausola del *due process* ma come *liberty interest* (*Cruzan v. Director*, Missouri Department of Health, (88-1503), 497 U.S. 261 (1990)).

la richiesta di una persona affetta da malattia incurabile di dichiarare l'illegittimità della norma del codice penale che vieta l'assistenza al suicidio è significativo come, mentre l'opinione di maggioranza ponga l'accento sul carattere dubbio del consenso di un malato in fase terminale, l'opinione di minoranza critichi però la decisione, riprendendo l'argomento dell'uguaglianza e sottolineando la discriminazione che, in questo modo, verrebbe a crearsi fra persone fisicamente capaci ed incapaci, privando queste ultime della possibilità di esercitare il diritto (fondamentale) di autodeterminarsi.

Il consenso per costituire davvero una manifestazione di autodeterminazione esige consapevolezza, condizioni cioè di piena informazione e capacità decisionale. Per coloro che si trovano in condizioni particolari, però, come i minori o gli incapaci, la giurisprudenza delle corti supreme si è ovviamente posta il problema delle modalità del suo esercizio, senza negare però che le scelte esistenziali che hanno accompagnato e definito l'identità personale perdono totalmente valore nei momenti finali dell'esistenza degli individui.

Rispetto agli incapaci, la Corte Suprema del New Jersey nel caso *Quinlan* ha ammesso il tutore a domandare la cessazione del trattamento a condizione che un medico assista all'operazione, che il comitato etico ospedaliero abbia dato il suo assenso e così gli altri membri della famiglia. Anche la corte del Massachusetts ha riconosciuto la possibilità di una sostituzione, ma ha affidato ad un'autorità giurisdizionale la decisione. La Corte Suprema federale nel caso *Cruzan* ha, invece, concordato con la sostituzione (*substituted judgment*) ma a condizione che sia data prova chiara e convincente della conformità della decisione del sostituto con quello che sarebbe stato il desiderio del malato. Nelle parole del giudice Rehnquist emerge infatti come il punto di vista da tenere in considerazione debba essere il più vicino possibile « a quello della paziente se fosse stata al corrente della situazione godendo delle sue piene facoltà ».

La soluzione non si allontana da quella tedesca, ora codificata nel *Bürgerliches Gesetzbuch* nel titolo relativo all'amministrazione di sostegno (*Betreuungsrecht*), ma avviata proprio da una sentenza della Corte Suprema che aveva ritenuto che le direttive del paziente fossero vincolanti per i medici anche qualora gli stessi non dovessero ritenere tali decisioni « ragionevoli » o « necessarie », purché lo stato di salute del sofferente non sia diverso da quello rappresentato o emergano indicazioni tali da rendere plausibile una volontà di revoca implicita ⁵⁸.

⁵⁸ Bundesgerichtshof 17 marzo 2003, (XII 2B 2/03).

In questo senso allontanandosi invece dalla soluzione inglese in cui la Corte ha adottato il criterio del c.d. *best interest*, cioè il miglior interesse del paziente, da valutare da parte del medico in sintonia con i dati scientifici disponibili e la pratica clinica, rinunciando a qualsiasi ricostruzione della volontà del paziente incapace in quanto in stato vegetativo ⁵⁹.

8. La terza generazione dei diritti della persona e l'ascesa dell'autodeterminazione.

È intorno a questa trama che viene delineandosi una nuova generazione di diritti fondamentali.

Quest'ultima si va ad aggiungere ad altre due che l'hanno preceduta, una statica, in cui si afferma come modello dominante il paradigma proprietario del confine, l'altra dinamica il cui fulcro è costituito dal « pieno sviluppo della persona » realizzato attraverso la costruzione di relazioni sociali costitutive della propria identità. Con esse, la più recente generazione forma una sedimentazione complessa in cui tutti e tre gli stadi non debbono essere considerati soltanto come momenti cronologicamente successivi, in cui l'uno cioè prende il posto dell'altro sostituendolo, perché possono spesso trovarsi ancora ad operare tutti e tre insieme.

La caratteristica fondamentale di questi diritti della terza generazione è costituita dall'ascesa al loro interno del potere di autodeterminazione soggettiva come potere di controllare le modalità di costruzione della propria sfera personale.

L'emersione dei diritti della persona di prima generazione trovava il suo fondamento nell'idea che il singolo, « lasciato solo » o comunque signore della sua vita privata fosse in grado di trovare — nell'isolamento — le condizioni ideali del suo sviluppo. Quelli di seconda invece rigettano la metafora geografica e spaziale dei primi; facendo del « pieno sviluppo della persona » la chiave della tutela, questi diritti presuppongono innanzitutto la necessità per il singolo di realizzarsi attraverso la costruzione di relazioni sociali, le quali diventano davvero costitutive della propria identità, di ricevere tutela dunque per la sua appartenenza ad un ambiente familiare, ad una comunità religiosa o ad un gruppo particolare che si esprime spesso attraverso uno stile di vita o un linguaggio simbolico, insomma in un'iden-

⁵⁹ *Airedale National Health Service Trust v. Bland* [1994] 1 FCR 485 at 572, [1993] AC 789. Nel caso di specie le motivazioni di ogni singolo giudice ruotarono intorno alla inutilità di un trattamento sanitario che non apporti benefici al *best interest* del paziente.

tità da poter mantenere pubblicamente ⁶⁰. E di avere così pertanto la possibilità di operare « scelte esistenziali » fondamentali come accade per le scelte procreative, la condotta sessuale, la salute.

A questo secondo stadio il singolo chiede di essere protetto anche nella sfera pubblica, come testimonia il fenomeno rappresentato dall'emersione di « nuovi diritti », come il diritto all'identità sessuale, o dalla dilatazione dei vecchi in modo da ampliare la protezione contro varie forme di distorsioni dell'identità stessa percepibili dall'esterno ⁶¹.

Se la prima generazione aveva avuto il merito di riportare pienamente all'interno del diritto privato la questione della tutela della persona, assumendo il soggetto non più nella semplice prospettiva della capacità, cioè come semplice punto di riferimento di relazioni giuridiche; con la seconda si compie definitivamente il passaggio dal soggetto alla persona, la cui tutela è vista nella prospettiva della libertà, e dunque come limite all'agire altrui, sottraendo definitivamente la sua rilevanza giuridica alle categorie dell'« avere » per affidarle a quelle dell'« essere » di cui si preoccupa di tracciarne i tratti costitutivi ⁶².

Se nella prima era ancora largamente presente la prospettiva del soggetto astratto, prodotta dalla necessità di eliminare le diverse forme di differenze individuali e portare a compimento il processo di realizzazione dell'eguaglianza — cosa che era potuta avvenire a condizione di recidere tutti i legami sociali —, con la seconda invece si cerca di ricostruirli, riattribuendo rilevanza alla collocazione sociale e culturale degli individui e mettendo in evidenza il carattere relazionale delle situazioni giuridiche e dei diritti.

Come pure, a questo secondo livello, cominciano ad apparire, sia pure timidamente, anche altre due componenti significative che saranno destinate ad assumere più avanti una rilevanza fondamentale con la terza

⁶⁰ Ma anche per le opinioni che, in base a tali scelte, gli altri possono farsi di lei, ciò non corrisponde ad un diritto di auto rappresentazione, ma di non essere giudicati “fuori contesto”. (RODOTÀ, cit.).

⁶¹ Il fenomeno è generalizzato ed è espresso nella rilevanza che assumono la *false light in the public eye* o la tutela della propria *image existentielle* o del proprio *Lebensbild* nei vari ordinamenti. Per una prospettiva comparatistica cfr. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles-Paris, Bruylant, 1990.

⁶² Fondamentali i contributi di MESSINETTI, *Personalità*, cit. e *Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 173 che mette in luce come la categoria del potere che nelle ricostruzioni tradizionali del diritto soggettivo è attribuito al singolo relativamente al godimento ed alla disposizione di un oggetto, nella prospettiva dei diritti della personalità viene collocato « nell'ambito dell'agire reattivo e repressivo » per rispondere alla violazione di quel « dovere giuridico di astensione » di cui già intravede la possibilità di traduzione anche « in un *facere* » la cui restaurazione avviene attraverso il controllo e regolamento delle modalità di circolazione.

generazione: da una parte la tutela accordata al momento della scelta, dell'autodeterminazione cioè, dall'altra il mutato atteggiamento nei confronti dell'intervento statale (o dell'ordinamento) al quale ci si rivolge adesso anche per ottenere la rimozione degli ostacoli al pieno sviluppo di questa dimensione relazionale ⁶³.

La reinterpretazione del « potere di disposizione sul corpo », di cui abbiamo ricordato alcune linee di sviluppo, è estremamente indicativa ⁶⁴. Attratto nell'orbita costituzionale della libertà personale, il controllo sul proprio corpo perde l'originaria connotazione proprietaria ⁶⁵, legata alla prospettiva in cui soggetto ed oggetto vengono contrapposti, per assumere la diversa configurazione di scelta dalla quale dipende la propria identità personale e diventa espressione diretta del principio di dignità. Scelte che possono prospettarsi in una duplice dimensione: una negativa che si concretizza nella libertà da atti e provvedimenti imposti non giustificati, ed una attiva che si traduce la libertà di fare e di decidere tutto ciò che non è legittimamente vietato, che si traduce nel principio di autodeterminazione nelle scelte esistenziali.

È evidente come in questa configurazione la garanzia tenda ad arricchirsi modificando i suoi caratteri tipicamente negativi secondo i quali la realizzazione è rivolta verso il comportamento degli altri ⁶⁶ a favore di quelli più spiccatamente positivi, che tendono a riconoscere al suo titolare un « potere » nel senso di concreta possibilità di autodeterminarsi nella scelta fra le alternative possibili. Cosa che porta con sé anche la necessità che lo Stato rimuova tutti gli ostacoli al suo esercizio effettivo (e ciò anche quando

⁶³ Ciò sembra seguire un più generale cambiamento nei paradigmi di riferimento dal soggetto astratto isolato che preesiste al soggetto socialmente situato, il primo oscurava il modo in cui l'associazione con gli altri è veramente "costitutiva" della persona.

⁶⁴ FERRANDO, *Il principio di gratuità*, cit.; ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute*, cit., MESSINETTI, *Identità personale e processi regolativi della disposizione del corpo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2, 1995, 197 ss.

⁶⁵ In funzione di tutela di interessi sovraordinati come la garanzia della funzione produttiva e procreativa dell'individuo (cfr. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, Milano, Giuffrè, 2002; RESTA, *Revoca del consenso*, cit.).

⁶⁶ Tali elementi sono ancora largamente presenti in ricostruzioni pure diverse come quelle di BIGLIAZZI GERI, *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IX Torino 1993, 543, che legge i diritti della personalità nella prospettiva dell'interesse legittimo come una posizione che il titolare del diritto soggettivo contrapposto « non è autorizzato a comprimere neppure in via di fatto » per la realizzazione del suo diritto, dovendo esercitare il proprio diritto in modo più opportuno per evitare un inutile sacrificio dell'interesse altrui e ponendo le basi per un controllo sul modo in cui incide sugli interessi altrui (il modello ora è ripreso, in un apparato teorico diverso, da BUSNELLI, *Spunti per un inquadramento sistematico. Commentario della legge 31 dicembre 1996, n.675* (a cura di BIANCA e BUSNELLI), 230 e NAVARRETTA, *Tutela della privacy*, in *Commentario*, cit., 320) o Messinetti, dove comincia ad emergere l'idea di un controllo nel senso di un *facere*.

tali ostacoli siano determinati dalla necessità di protezione degli stessi soggetti titolari del diritto).

L'avvento della terza generazione di diritti riporta anche la dimensione del corpo al centro del sistema, ribaltando la prospettiva astratta del soggetto giuridico ma anche quella altrettanto *disembodied* della persona che avevano dominato le generazioni precedenti ⁶⁷.

Il corpo non appartiene all'individuo, ma è l'individuo stesso; il corpo è anche il substrato generatore della persona ed è attraverso il corpo che diventa possibile entrare in relazione con altri soggetti ed essere *situato* nella società. È dunque il corpo uno strumento per la realizzazione della persona stessa, ma è evidente allora come sia lo stesso corpo, collocato al crocevia fra saperi e poteri, anche l'obiettivo naturale dei processi di « normalizzazione ». Il corpo costituisce il baluardo contro il quale è destinato a venire a contatto ogni processo di conformazione della persona ad opera del diritto ⁶⁸.

Se da una parte il corpo « contenendo » la persona costituisce il suo baluardo, dall'altra è però diventato un *surplus* poiché, essendo la persona stessa ridotta ad un insieme di informazioni (« corpo elettronico »), è sempre possibile ricostruirla al di là dei confini naturali costituiti dal corpo: il confine è diventato mobile e non è più possibile sapere dov'è « situato ». La tutela dunque deve essere adattata alla possibilità per il titolare del diritto di mantenere sempre il controllo di quella entità (parte del corpo, informazione) che porta con sé i segni dell'identità e serve alla sua auto-determinazione nelle scelte esistenziali costitutive della sua identità ⁶⁹.

⁶⁷ Con la Costituzione italiana, attraverso la ricostruzione dei legami sociali con il riferimento alla realtà delle « formazioni sociali » all'interno delle quali la persona si realizza, la dignità sociale nell'art. 3 ed il corpo nell'art. 32, può dirsi iniziato dunque un recupero dei dati della realtà che continua oggi con la Carta dei diritti. La novità ora è costituita da un'ulteriore scomposizione del soggetto astratto in cui sono le diverse identità che la persona può assumere nei vari momenti della vita e nei differenti contesti sociali ad entrare in scena. La nuova rilevanza che assume l'identità frantuma l'unità della persona: ognuno di noi può averne più di una e queste possono variare nel tempo. Insomma l'attenzione è centrata sui vari modi in cui il diritto entra nella vita (cfr. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, cit.).

⁶⁸ Così già RODOTÀ, *Per un nuovo statuto del corpo umano*, in DI MEO - MANCINA (a cura di), *Bioetica*, Roma-Bari, Laterza, 1989, 41. Sulla centralità dei problemi del corpo fra molti cfr. HYDE, *Bodies of Law*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1997. Da noi l'enfasi riposta sul corpo è testimoniata dalla riscoperta recente del tema cfr. FERRANDO, *Il principio di gratuità, biotecnologie e "atti di disposizione del corpo"*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 761, ROMBOLI, *La 'relatività' dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del corpo*, in *Pol. dir.*, 1991, 565.

⁶⁹ Emblematica la sentenza del Bundesgerichtshof (9 novembre 1993, *Familienrecht* 1994, 154) che ha affermato l'unità funzionale fra corpo e parti separate quando queste, come lo sperma, servono alla realizzazione delle sue scelte esistenziali come la riproduzione.

In questo terzo stadio i diritti fondamentali sono animati da una logica diversa, quella dell'autonomia e della possibilità per l'individuo di autodeterminarsi. E, come accade ogni volta che si verifica l'avvento di una nuova generazione, la comparsa dell'ultima difficilmente riesce a sottrarsi fino in fondo ad un potenziale conflitto con quelle che l'hanno preceduta ⁷⁰.

Seguendo infatti gli itinerari percorsi dalla *libera* costruzione della sfera privata, si comincia a percepire una funzione di *empowering* attribuita ai titolari dai diritti fondamentali che — operando come istanza di difesa e di garanzia dell'individuo, in quanto centro di opposizione e resistenza nei confronti di poteri forti — già lascia intravedere il delinarsi dei contorni di un ribaltamento nel significato o addirittura il venire alla luce di un nuovo scenario nel quale l'attribuzione di potere al singolo serve ad impedire la colonizzazione della vita umana ad opera del mercato, della tecnologia e della scienza ⁷¹.

9. L'espansione del consenso.

In questa generazione il principio del consenso è divenuto la chiave di volta che assicura dunque l'autonomia decisionale e diventa lo strumento per garantire il rispetto della persona ed il dominio sul proprio corpo quando sono in gioco questioni che attengono all'identità personale.

⁷⁰ Le ricorda ZATTI, *op. cit.* A questo proposito è da segnalare come il passaggio dall'una all'altra generazione non segni una netta cesura. Anzi il modello della seconda, in cui è diventato cruciale il diritto di sviluppare la propria personalità, è destinato soltanto a sovrapporsi a quello della prima in cui rimane centrale il profilo del segreto. In realtà, i due diversi aspetti che caratterizzano i differenti modelli possono risultare concorrenti e complementari. Non bisogna dimenticare, infatti, come la presenza di una fitta cortina di convenzioni sociali spesso possa indurre a preferire l'approccio della prima, il segreto, a quello della seconda, l'affermazione pubblica della propria identità. Nel caso dei transessuali è abbastanza indicativo, il mancato riconoscimento formale costringe a rivelare particolari intimi imbarazzanti (CEDU, *van Oosterwijk c. Belgio*, 1 marzo 1979) ostacolando lo sviluppo della persona, ciò che essi chiedono all'intervento legislativo è di assicurare che il cambiamento di sesso non traspia dai documenti in cui il sesso legale deve corrispondere a quello apparente allo scopo di non pregiudicare la propria integrazione nella vita sociale (CEDU, *Rees v. Regno Unito*, 17 ottobre 1986 e CEDU, *Cossey v. Regno Unito*, 27 settembre 1990) ugualmente in un caso che riguardava la possibile rivelazione della sieropositività di un soggetto dove la Corte lascia chiaramente intendere che se il rischio di stigmatizzazione non si fosse rivelato altrettanto serio, a causa di una diversa condizione sociale, anche la necessità di mantenere il segreto sarebbe venuta meno CEDU, *Z. v. Finlandia*, 25 febbraio 1997.

⁷¹ Ma sul ruolo dei diritti come argine al dominio di altri sub-sistemi sociali già RODOTÀ, *Diritto e diritti nell'era globalizzazione*, in SCARPONI (a cura di) *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sopranazionali*, Milano, Giuffrè, 2001. La capacità di sottrarsi al potere biopolitico, ma anche alla logica economica è sottolineato adesso da RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., volendo anche MARINI *La giuridificazione della persona*, cit.

Il consenso diventa la regola di governo di un'ampio spazio che va dall'identità personale e sessuale (nel transessualismo) all'area della circolazione giuridica di parti e prodotti del corpo fino ad assicurare il controllo della persona sul proprio corpo anche al di là della capacità d'intendere e di volere.

Dal consenso dipende la legittimità di una « scelta libera e consapevole » non solo durante le possibili fasi del trattamento terapeutico, ma anche per quanto riguarda la destinazione dei prodotti del proprio corpo, dando luogo ad una pluralità di consensi che può snodarsi in ogni singola fase del procedimento.

La proiezione del principio nella fase dell'eventuale destinazione dei prodotti del proprio corpo permette di configurare un vero e proprio « diritto di destinazione » attraverso il quale è possibile determinare non soltanto le modalità di interferenza con la propria sfera personale (attraverso il consenso al prelievo del materiale genetico), ma anche le modalità della sua eventuale utilizzazione: dalla conservazione fino alla brevettazione. Il consenso, in questo modo, diventa regola generale che governa un'area assai vasta che va dall'uso terapeutico alla ricerca scientifica e alle applicazioni industriali.

La sua espansione pone ovviamente il problema delle regole giuridiche alle quali assoggettare tale potere di controllo.

Bisogna innanzitutto chiarire che, in questa fase, la necessità del consenso non può essere usata per assicurarsi la partecipazione agli eventuali benefici economici prodotti dallo sfruttamento commerciale. Quando è in gioco il « corpo in quanto tale » è preclusa al titolare (art. 3 Carta dei diritti, art. 21 Convenzione di Oviedo) — non a chi li trasforma successivamente attraverso un procedimento tecnologico — qualunque forma di *commodification*.

La soluzione crea un duplice canale, da una parte la materia prima, non suscettibile di circolazione, e dall'altra il prodotto finito che può entrare invece nel mercato, prestandosi ovviamente a critiche di vario genere ⁷². Nel dibattito l'alternativa fra proprietà e *privacy* cede il passo a quella fra privato e pubblico, fra un'idea del corpo come vicenda privata dal quale

⁷² Cfr. TALLACCHINI, *Bodyright, corpo biotecnologico e diritto*, in *Biblioteca delle libertà*, 1998, 21; ID., *Habeas corpus? Il corpo umano tra non commerciabilità e brevettabilità*, in *Bioetica*, 1998, 531; LEMENNICIER, *Le corps humain: propriété de l'état ou propriété de soi?*, in *Droits* 1991, 111. RADIN, *Market inalienability*, in *Harvard Law Review*, 1987, 100, 1486; anche ID., *Contested commodities*, Cambridge-London, Harvard University Press 1996, 16 e BOYLE, *Shamans, Software and spleens. Law and the construction of the information society*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1996 dove una valutazione critica delle giustificazioni della soluzione in base dell'*authorship* espressa dai ricercatori.

trarre profitto o come espressione di un interesse pubblico che, in questo caso, viene identificato, forse in modo discutibile, con quello dei ricercatori. L'idea di creare una barriera nei confronti dello sfruttamento dei soggetti più deboli, come tali più esposti a mettere sul mercato le parti del proprio corpo, ed a prevenire così nuove forme di stratificazione sociale rende la soluzione più accettabile ⁷³.

Riconoscere un potere di controllo in capo all'individuo consente di impedire, in nome della dignità della persona umana, utilizzazioni che siano idonee ad entrare in conflitto con i valori che caratterizzano la propria personalità ⁷⁴.

Come per tutti gli altri beni della personalità, vi è una componente identitaria che è indiscutibilmente legata ai prodotti del corpo e non può essere ignorata. Tale componente può riemergere anche successivamente quando il materiale è stato inserito nel circuito commerciale, dando luogo a conflitti spesso spinosi da risolvere, ma nei quali ai profili personalistici dovrebbe essere attribuita per quanto possibile precedenza rispetto a quelli patrimoniali ⁷⁵.

La stessa dinamica è possibile riscontrare quando è in gioco non il corpo materiale, ma il c.d. corpo « elettronico », costituito dal complesso delle informazioni che ci riguardano. La connessione fra autodeterminazione e consenso si realizza anche in questa dimensione parallela, pure caratterizzata da un forte intreccio fra governo della vita e innovazioni scientifiche e tecnologiche.

Il consenso in funzione autorizzativa ha la stessa funzione che assolve negli altri contesti dei diritti della personalità e, in quanto potere di conformare la circolazione delle informazioni, costituisce la massima espressione del diritto di autodeterminarsi della persona. Questa circolazione « controllata » è immediata conseguenza della costituzionalizzazione del diritto e va ben al di là del consenso preventivo (richiesto per la raccolta, comunicazione e diffusione dei dati personali) ⁷⁶ ma garantisce all'interessato la possibilità di seguire i propri dati anche quando sono usciti dalla sua

⁷³ Il tema delle vesti giuridiche di tale circolazione è discusso da RESTA, *Autonomia privata*, cit.

⁷⁴ Ancora, RESTA, *op. ult. cit.* il quale sottolinea la divaricazione che verrebbe a crearsi fra tali diritti e quelli della personalità morale aperti invece anche a forme di disposizione contrattuale.

⁷⁵ L'ambiguità che spesso accompagna tali situazioni ha condotto ad una critica radicale, aprendo spazi nei confronti di una reificazione che può coniugarsi in modo relazionale e situato all'autodeterminazione, la reificazione può essere un modo di espressione dell'autodeterminazione, in questo modo il contratto può essere utilizzato nell'ottica dell'autodeterminazione: MARELLA, *Bocca di rosa, Roxanne e le altre. Considerazioni in tema di sesso, mercato e autonomia privata*, in *Pòlemos* 2008, n. 2, 35 ss.

⁷⁶ Cfr. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*,

« disponibilità », assicurandogli il controllo sulle modalità e forme del trattamento.

È il caso anche di ricordare la norma di chiusura costituita dall'art. 7.4.a che offre all'interessato la possibilità di opporsi sempre al trattamento, anche se ha dato precedentemente il consenso oppure si tratta di dati che sono trattabili per varie ragioni senza il suo consenso, purché dimostri l'esistenza di « motivi legittimi ». Una disposizione che rimanda ad una valutazione comparativa, secondo il principio della buona fede oggettiva, del comportamento del titolare il quale incontra sempre nell'esercizio dei suoi poteri un limite (esterno) costituito dall'interesse del soggetto a cui i dati si riferiscono ⁷⁷.

Alla scomposizione e perdita di controllo sui propri dati — che conduce alla frammentazione dell'identità in una serie di dati isolati (dimensione sincronica) o alla sua dispersione nel tempo (dimensione diacronica) ⁷⁸ — è possibile reagire con una gamma di strumenti che vanno dal « diritto » di essere informato, al « diritto » d'accesso presso chiunque usa o detiene dati personali, al diritto di chiederne la cancellazione. In questa prospettiva l'informazione e l'intervento autorizzativo costituiscono gli elementi cardine anche del diritto alla protezione dei dati personali che rappresenta lo statuto giuridico della persona ⁷⁹.

Le regole finiscono per delineare un modello di « disposizione » assolutamente diverso rispetto a quello codicistico, strutturato su di una logica procedimentale e con ampia garanzia degli interessi coinvolti.

Un quadro articolato in cui vi è una interazione fra tecniche privatisti-

in *Riv. crit. dir. priv.* 1998, 339 ed Id., *I principi generali dell'ordinamento. Il pluralismo delle forme del linguaggio giuridico*, ivi, 2002, 43.

⁷⁷ RESTA, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 299 ed ORESTANO, *La circolazione dei dati personali*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali II*, a cura di PARDOLESI, Milano, 2003, 119.

⁷⁸ Cfr. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 583. Sul dibattito sollevato dalla legge sulla tutela dei dati personali cfr. ZENO-ZENCOVICH, *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, in *Studium Iuris* 1997, 466; BUSNELLI, *Spunti per un inquadramento sistematico* in BIANCA-BUSNELLI (a cura di), *Tutela della privacy*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, 228; PALMIERI - PARDOLESI, *Protezione dei dati personali e diritto di cronaca: verso un "nuovo ordine"*, in *Foro it.*, 2000, I, 644 ed Id., *Protezione dei dati personali in Cassazione eugenetica dei diritti della personalità?*, in *Foro it.*, 2001, I, 2448.

⁷⁹ Una forma di controllo che può venire rafforzata dall'intervento del Garante, al quale è affidata a monte la valutazione preventiva circa la legittimità e liceità delle finalità dichiarate ed al quale viene permesso di operare l'identificazione di « misure ed accorgimenti a garanzia dell'interessato » nei confronti di quei trattamenti che in modo indipendente dal tipo di dato in questione possano presentare « rischi specifici per i diritti e le libertà fondamentali, nonché per la dignità dell'interessato » (art. 24-bis) ed a valle il potere di intervenire con il blocco del trattamento quando vi sia il rischio di un pregiudizio nei confronti di uno o più interessati (art. 31, comma 1°, lett. l).

che e pubblicistiche ⁸⁰, in esso perde di peso il contratto (ed il negozio bilaterale) per assumere invece spazio il modello del consenso dell'avente diritto e la regola della revocabilità (in antitesi alla irretrattabilità) ⁸¹.

10. Consenso « oltre la capacità ».

L'affermazione del consenso come espressione di un diritto fondamentale all'autodeterminazione rende problematica la sua operatività in tutti i casi in cui ci si trovi davanti a persone che, a causa dell'età o della malattia, non siano in grado di valutare autonomamente l'importanza della scelta da adottare.

La scelta di attribuire rilevanza alla volontà manifestata in precedenza attraverso le c.d. direttive anticipate (o testamento biologico) o di ricorrere alla volontà presunta del paziente continua a suscitare critiche.

Il richiamo ai diritti della persona induce infatti a considerare soltanto la reale volontà dell'incapace, rispetto ad essa qualunque manifestazione resa in un momento precedente alla malattia sarebbe affetta da un insana-bile dubbio circa l'attendibilità del volere che ne vulnera la validità. E lo stesso ragionamento vale, a maggior ragione, nei confronti della volontà presunta.

D'altra parte è parso paradossale che, man mano che si affievoliscono le capacità di manifestare il proprio intendimento a causa della malattia, la possibilità di vedere rispettati « il proprio stile di vita e i valori di riferimento » debba venire meno, rendendo irrilevante il progetto di vita che ha accompagnato il soggetto per tutta la sua esistenza ⁸².

Se tali dichiarazioni non costituiscono la volontà attuale del malato, in quanto provenienti dal paziente possono costituire un indice attendibile della sua volontà ed in particolare del suo modo di intendere la vita, la

⁸⁰ Richiama la "strategia giuridica integrata" di Rodotà RESTA, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 299 ss.; RESTA - ZENO-ZENCOVICH, *Informazione, consenso e responsabilità nei trapianti da vivente: prospettive nazionali e comunitarie*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, 965.

⁸¹ Anche sotto il profilo del contratto reale CARUSI, *Contratto illecito e « Soluti retentio »*. *L'art. 2035 del Codice civile tra vecchie e nuove « Immoralità »*, Napoli, Jovene, 1995; e D'ARRIGO, *Autonomia privata e integrità fisica*, Milano, Giuffrè, 1999, per un'interpretazione del potere unilaterale di recesso ex art. 1372.

⁸² Questo è il prodotto di una teoria secondo la quale non si può fare questione della capacità per quel che concerne i diritti di libertà e i diritti della personalità: PANUNZIO, *Il cittadino handicappato psichico nel quadro costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 2, 362 e ID., *Premesse per uno studio sui diritti costituzionali e la capacità dei minori*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, Cedam, 1985, 633.

malattia e la dignità umana⁸³. E lo stesso può dirsi per la ricostruzione della volontà della persona attraverso dichiarazioni o comportamenti tenuti in passato, una diversificazione fra queste due diverse situazioni fa sorgere fondati dubbi di un trattamento discriminatorio fra diversi tipi di pazienti a seconda del grado di salute, autonomia e capacità.

A questo vero e proprio « dilemma » la Corte di cassazione ha cercato una soluzione, cercando di formulare una regola di giudizio congrua, volta alla ricostruzione in via presuntiva della volontà della persona in stato di incoscienza, e capace di « dare sostanza e coerenza all'identità complessiva del paziente e al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona »⁸⁴.

La Corte ha identificato anche nel tutore la persona idonea a presentare la richiesta che, « nel contraddittorio con il curatore speciale », può essere accolta a condizione che lo stato vegetativo possa essere considerato irreversibile⁸⁵ e la decisione sia tale da riflettere « in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti » i desideri espressi dal paziente incosciente o da riflettere comunque la sua personalità, il suo stile di vita, i suoi convincimenti⁸⁶.

La Corte di cassazione ha tentato, in mancanza di disposizioni legislative, di adattare i principi civilistici della rappresentanza. In questo caso, infatti, la « cura della persona » di cui all'art. 357 cod. civ. in materia di tutela dei minori ed all'art. 424 cod. civ., comma 1°, in materia di interdizione e inabilitazione dovrebbe essere interpretata in maniera estensiva, in modo tale da ricomprendere cioè anche la cura di interessi non patrimoniali dell'incapace⁸⁷. In tal senso depone anche la disciplina dell'amministrazione di sostegno che prevede all'art. 405, comma 4°, la possibilità per il giudice, al momento della nomina, di consentire all'amministratore di compiere nell'interesse della persona anche atti di natura non patrimoniale⁸⁸.

⁸³ *Airdale NHS Trust v. Bland* (1993) AC 789, *Cruzan v. Director*, Missouri Dep. of Health, *Foro it.* 1991, IV, 66.

⁸⁴ Cass. 2007, n. 21748 cit.

⁸⁵ « Sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno » (Cass. n. 21748/2007, cit.).

⁸⁶ Ancora Cass. n. 21748/2007, cit.

⁸⁷ Diversamente in Cass. 20 aprile 2005, n. 8291, in *Foro it.*, 2005, 2359, in cui la domanda del tutore era stata respinta ed affermata invece la necessità di nominare un tutore.

⁸⁸ Trib. Modena (decr.) 13 maggio 2008, in *Foro it.*, 2008, 2318, ma anche la disciplina sulla sperimentazione clinica degli adulti incapaci che prevede la possibilità che il consenso informato sia dato

La soluzione ha provocato perplessità di vario genere ⁸⁹. La maggior parte sono motivate da una certa contraddizione che sembrerebbe emergere fra l'aver riferito la decisione al consenso informato ed il fatto che, in realtà, la decisione provenga da un rappresentante, sia pure arricchita dalla considerazione dell'identità morale del paziente ⁹⁰.

A queste si aggiungono varie carenze tecnico-giuridiche dovute all'impossibilità, in mancanza di una regola, di attribuire a dichiarazioni e comportamenti tenuti in passato carattere di valida manifestazione di volontà, carenze tanto più gravi quando ci si muove nell'area di atti personalissimi per i quali la legge richiede una forma particolare, quella scritta *ad substantiam*. E si aggiungono pure le perplessità causate dalla trasposizione diretta di principi costituzionali senza la mediazione del dato normativo e sistematico infracostituzionale ⁹¹.

L'exasperazione del dato tecnico, almeno in alcuni dei casi, denota la preoccupazione per un'eccessiva dilatazione del diritto all'autodeterminazione che condurrebbe alla sua perdita di fondamento.

Certo esiste il problema di assicurarsi che la volontà espressa sia attuale nelle circostanze in cui gli deve essere data esecuzione e che non vi siano possibili segni di ripensamento, ma ciò non tocca il caso più spinoso dei soggetti che si trovano in situazione di incapacità.

Ma il problema, però, esige di porsi in una prospettiva differente. Senza tornare sul dettaglio tecnico, l'aver fatto più volte riferimento alla costituzionalizzazione della persona richiede anche di allontanarsi da quelle

dal rappresentante legale se rappresenta « la presunta volontà del soggetto » (art. 4 d. lgs. n.211/2003, e dell'interruzione di gravidanza che consente al tutore dell'interdetta o all'interdetta stessa, sentito il tutore di formulare la richiesta. Sul punto PALMERINI, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 383, VENUTI, *Il diritto all'autodeterminazione sanitaria dei soggetti in stato vegetativo permanente: la corte di Cassazione ed il caso di E.E.*, in *Familia*, 2008, 115.

⁸⁹ La soluzione della controversa questione è destinata ad essere complicata dai dubbi che circondano la possibilità di far rientrare la nutrizione e idratazione artificiali entro la qualifica di "trattamenti sanitari" rifiutabili dunque ex art. 32 Cost. La Corte in proposito non ha avuto dubbi, in quanto pratiche che « integrano un trattamento che sottende sapere scientifico, che è posto in essere da medici [...] implicanti procedure tecnologiche » (Cass. n. 21748/2007, cit.). Del resto tali sono stati considerati anche i prelievi ematici dalla Corte costituzionale, in ogni caso l'impossibilità di ricondurli nell'ambito della disposizione dell'art. 32 non intaccherebbe le garanzie che derivano dall'art. 2 e 13 Cost. sulle quali la corte ha fondato la propria decisione. Sul punto le osservazioni di CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quad. cost.*, 2008, 545.

⁹⁰ Fra i molti TRIPODINA, *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (riflessioni in margine del "caso Englaro")*, in *Giur. cost.* 2008, 4099.

⁹¹ NIVARRA, *Autonomia (bio)giuridica e tutela della persona*, cit., sottolinea come vi è una decisione autonoma ed una decisione del rappresentante seppure temperata dal riferimento al consenso principio.

categorie formali che hanno senso soltanto rispetto alla circolazione dei beni, come quello di capacità d'intendere e di volere ⁹².

Piuttosto che guardare in direzione del diritto del mercato, è necessario cercare altrove i principi che possono orientare l'interprete. Il principio del rispetto della persona e della sua identità conduce infatti nelle scelte esistenziali costitutive dell'identità del minore la massima valorizzazione del suo personale contributo, ponendolo eventualmente al riparo dell'interferenza del rappresentante legale. E ciò anche valorizzando le sue inclinazioni, se non è possibile od opportuno domandarne il consenso esplicito ⁹³. Ugualmente accade con la legislazione attuale sull'aborto, che obbliga a tener conto della volontà dell'interdetta, anche se è possibile desumerla soltanto nell'« atteggiamento ». E per il trattamento dell'infermità di mente, i cui principi si sono svolti nella direzione del recupero dei desideri e delle aspirazioni di chi sarebbe considerato incapace attraverso forme di sostegno, che hanno trovato ora riconoscimento esplicito nella disciplina dell'amministrazione di sostegno ⁹⁴.

Tutto ciò richiede di valorizzare fatti diversi, fatti dai quali può trasparire l'orientamento ed il progetto di vita di una specifica persona. Se non è possibile individuare e rispettare la volontà è possibile però rispettare la sua identità, tutto ciò che costituisce la sua biografia, le sue scelte, i suoi valori ideali.

Il rispetto dell'autonomia, in tali situazioni, si identifica con il rispetto della persona « e la sua prova non coincide con la prova formale di un consenso, ma con la prova del corretto ed effettivo svolgimento del processo » ⁹⁵.

In questo senso assume anche un significato più preciso l'espressione a

⁹² ZATTI, *Il tragico caso di Carmelo P. (spunti in tema di limitata capacità di fatto)*, in *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, Giuffrè, 2009, 131. La decisione di grande rilievo è sottratta al parzialmente capace finché non interessa il nucleo della sua vicenda personale, finché si confina nel patrimoniale o interessa la sfera della personalità in maniera ancora non determinante, si tende a riconoscere la capacità solo per la contrattualità minima.

⁹³ BUSNELLI, *Capacità ed incapacità d'agire del minore*, in *Dir. fam.*, 1982, 54; RESCIGNO, *I trattamenti sanitari tra libertà e dovere (l'obiezione di coscienza dei testimoni di Geova)*, in *Persona e comunità*, II, Padova, 1988, 298; STANZIONE, *Personalità, capacità e situazioni giuridiche del minore*, in *Dir. fam.*, 1999, 260 ed ID., *Minorità e tutela della persona umana*, ivi, 758.

⁹⁴ Il nuovo istituto si differenzia dalla rappresentanza legale in quanto determina il passaggio da un'assoluta irrilevanza della volontà del rappresentato alla creazione di un rapporto tra quest'ultimo, l'amministratore e il Giudice, rapporto in cui è riconosciuto valore determinante alle "richieste" del soggetto interessato; secondo l'art. 405, 1, cod. civ. il Giudice deve tener conto infatti non solo dei suoi bisogni ma anche delle "aspirazioni" del beneficiario.

⁹⁵ ZATTI, *Oltre la capacità*, in *Maschere*, cit., 129.

cui ricorre la Corte secondo la quale il tutore deve agire non « al posto » dell'incapace, né « per » l'incapace, ma « con » l'incapace.

È necessaria l'adozione di una prospettiva più complessa capace di guardare alla decisione non nella sua dimensione statica, di singola manifestazione di volontà (eventualmente negoziale), ma in quella dinamica, come la fase finale di un processo, caratterizzato dalla relazione fra i diversi protagonisti, di cui devono essere valutate le condizioni: il suo effettivo e corretto svolgimento.

11. I limiti dell'autodeterminazione.

Due infatti paiono i temi principali e sono legati all'ascesa dell'autodeterminazione da una parte ed al ruolo esercitato dalle corti nell'elaborarla.

Il primo interrogativo riguarda se il diritto di operare scelte esistenziali fondamentali, come quelle che riguardano la propria identità, debba conoscere dei limiti e come debbano essere determinati. Insomma quali sono queste scelte esistenziali fondamentali « attraverso le quali le persone definiscono il significato della propria esistenza », di chi dovrebbe definirle ed in relazione a quali parametri.

Il secondo, se il giudice, eventualmente chiamato a pronunciarsi, debba conformarsi ai valori della collettività alla quale appartiene e tradurli nella sua verifica oppure porsi criticamente di fronte ai valori che appaiono dominanti (evitandone l'imposizione).

Ad attribuire sostanza al limite possono operare meccanismi diversi, se oltreoceano sono i confini tracciati dalla tradizione, dalla legislazione e dalle convenzioni sociali ⁹⁶ che ne delimitano l'espansione, da noi viene più spesso chiamato in soccorso il principio di dignità. La dignità non è più chiamata ad operare come fondamento giustificativo che consente di espandere gli spazi di autonomia del soggetto ed affermare il diritto all'autodeterminazione dell'individuo responsabile delle proprie scelte, ma come limite di esso. A questo punto vengono riportate alla ribalta, però, tutte le perplessità legate alla definizione dei contenuti del limite che inteso in modo « oggettivo » affida al giudice il compito di individuarne il significato non potrà che richiamare i valori dominanti in una data collettività ed in un

⁹⁶ In questa direzione sembrerebbe essersi mossa la stessa Corte Suprema con *Bowers v. Hardwick* (1986) 478 U.S. 186, dando una lettura restrittiva del caso *Griswold* in cui la *privacy* viene identificata con i valori condivisi, anche se poi il diritto viene riconosciuto anche alle coppie non sposate eterosessuali (*Eisenstadt*, cit.).

certo momento storico ⁹⁷. Anzi ad essi si aggiungono quelli che sono sollevati dalla trasposizione nella dignità di una serie di valori trascendenti, come quelli legati all'umanità, secondo i quali una persona non potrebbe mai essere considerata come semplice « mezzo ».

Anche rispetto alle decisioni relative al diritto di morire con dignità, come a tutte le decisioni che attengono alla vita, lo stesso riferimento è utilizzato sia per giustificarla, che per rifiutarla in quanto l'uomo anche se malato rimane comunque un essere unico nella cui vulnerabilità si ritrova l'umanità ⁹⁸.

L'autodeterminazione costituisce lo strumento per sottrarre l'individuo alle decisioni altrui, coincide con la dignità, in quanto assicurando il rispetto dell'identità personale esclude che il soggetto ed il suo corpo divengano strumenti di scopi ed interessi altrui, allontanandosi da una incondizionata libertà di alterazione e trasformazione ⁹⁹.

12. Pubblico e privato nell'autodeterminazione.

Rispetto al diritto all'autodeterminazione si ripropongono dunque tutti i problemi legati alla costruzione della sfera privata e che sono emblematicamente rappresentati anche nel dibattito sulla *privacy*. I problemi non sono soltanto costituiti dalla difficoltà nella definizione dei suoi confini che paiono necessariamente mobili, ma anche da una conseguenza ulteriore sulla quale è bene riflettere prima di ritornare al diritto privato: la convinzione che quest'area sia caratterizzata da uno spazio che deve sfuggire ad

⁹⁷ Sul punto RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 801; MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 2007, 67, dove ampi riferimenti alla letteratura tedesca e francese in merito. Entrambi sottolineano pure in un quadro diverso il collegamento della dignità all'uguaglianza. Il limite dovrebbe infatti mettere nel nulla l'effetto di reddito sulle scelte esistenziali, l'esclusione del mercato serve infatti ad assicurare che i soggetti più poveri si trovino esposti a questo rischio. La gratuità si risolve in un controllo di tipo preventivo. Sul punto PIEPOLI, *Dignità umana e autonomia privata*, in *Pol. dir.*, 2003, 54; MOROZZO DELLA ROCCA, *Il principio di dignità della persona umana nella società globalizzata*, in *Dem. dir.* 2004, 201; SACCO, *Note sulla dignità umana nel "diritto costituzionale europeo"*, in PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Jovene, 2005; MARGALIT, *La dignità umana fra kitsch e deificazione*, in *Ragion Pratica*, numero 2, dicembre 2005, 507 ss.

⁹⁸ NEIRINCK, *La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique*, in *Mélanges Bolze*, Economica, 1999, 47.

⁹⁹ « Possiamo davvero ammettere che un potere sociale mi imponga, [...], di essere ciò che non riconosco più come me stesso, semplicemente di esistere contro la mia identità? », è questo l'interrogativo che pone ZATTI, *Maschere*, cit., 47, per il quale il fondamento della dignità consente di individuare la soglia che separa il dolore dignitoso rispetto al dolore che intacca la persona negando la sua dignità.

ogni forma di colonizzazione da parte del diritto. Così è necessario gettare luce sull'ambiguità che necessariamente è destinata a sollevare la definizione di una sfera privata come spazio « neutro », una sfera in qualche modo preesistente all'intervento pubblico, uno spazio all'interno del quale l'individuo deve rimanere « libero » di autodeterminarsi al riparo dall'intervento statale che, varcati questi limiti, deve considerarsi sempre sospetto.

Una critica infatti non ha mancato di sottolineare, da una parte, come questa area di immunità non corrisponda ad uno spazio naturale che esiste davvero prima dell'intervento statale. Non meno di quanto accade con il mercato, anche questa sfera è prodotta dal diritto¹⁰⁰. Una sfera i cui confini sono mobili ed influenzati dai presupposti culturali e sociali che appunto il diritto contribuisce a consolidare.

D'altra parte la decisione di riservare un'area all'interno della quale il singolo può compiere scelte esistenziali al riparo dell'intervento statale significa delegare ai complessi equilibri prodotti dal gioco dell'ambiente culturale e sociale da una parte e delle pressioni e delle stigmatizzazioni sociali dall'altra il compito di incanalare queste forme di espressione individuale, che pertanto, anche se adeguatamente formulate giuridicamente, non possono dirsi più libere delle altre ed assicurare che i meno favoriti possano davvero esercitare effettivamente le loro libertà. I conflitti non sono cancellati dalla semplice decisione dello Stato di estraniarsene.

Vi è però un modo diverso di intendere la neutralità, basata non sulla « ritirata » delle istituzioni da uno spazio in cui ci si « autodetermina », bensì sulla loro presenza allo scopo di garantire agli individui non solo la libertà di fare scelte esistenziali fondamentali, ma di assicurare loro proprio la maggior autonomia possibile, salvaguardando anche la loro libertà di poter considerare e rivedere criticamente le ragioni di queste scelte fra diverse possibili forme di sviluppo della persona¹⁰¹.

¹⁰⁰ Dipende sempre dall'ordinamento l'organizzazione di uno spazio in cui ognuno può agire senza dover risarcire i danni provocati dalla sua libertà, così nella classica griglia hohfeldiana (HOHFELD, *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, in *Yale Law Journal*, 1913, 23, 16) in cui situazioni descritte in termini di diritti (« rights ») — alle quali corrisponde una situazione correlativa (« duty ») e che permettono al loro titolare di agire in giudizio per il loro rispetto — vengono affiancate da altre situazioni di *privileges*, alle quali corrisponde invece la situazione di *no-right* cioè semplicemente l'impossibilità di pretendere il non esercizio da parte del titolare. Sul punto SINGER, *The legal rights debate in analytical jurisprudence from Bentham to Hohfeld*, in *Wisconsin Law Review*, 1982, 975 e con riferimento a Kelsen cfr. DE SCHUTTER, *La vie privée entre droits de la personnalité et liberté*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1999, 827.

¹⁰¹ Ciò non solo permette scelte esistenziali (di primo grado), ma anche di scegliere i motivi (scelte di secondo grado) per i quali tali scelte sono state effettuate DE SCHUTTER, *La vie privée*, cit.

Non si tratta dunque di assicurare la libertà al singolo di « poter fare quello che vuole » all'interno della sua sfera privata, ma di favorire l'esercizio più effettivo possibile della sua autonomia. È questo lo stesso quadro in cui prende corpo la formula della costruzione della sfera privata, il cui nucleo costitutivo è rappresentato dal radicamento della persona all'interno di una complessa rete di relazioni e di convenzioni sociali e dalla conseguente riattribuzione — necessaria all'individuo, in questo contesto — di una serie di poteri che assicurino il controllo sul proprio corpo e sui propri comportamenti (opinioni, preferenze ed informazioni personali).

Il diritto interviene non soltanto per garantire il riconoscimento e la tutela di diritti che proteggono uno spazio di intimità che circonda l'individuo, come per i diritti della persona della prima generazione, né per garantirgli la libertà di cercare attraverso le relazioni che si intrattengono con gli altri le condizioni per lo sviluppo della propria personalità come accade in quelle di seconda generazione. Nei diritti di terza generazione l'intervento dello Stato diventa essenziale per consentire agli individui di sottrarsi alla omologazione dei comportamenti e delle personalità individuali e resistere all'imposizione di identità dall'esterno ¹⁰².

13. Osservazioni conclusive.

A questo terzo stadio comincia ad essere percepibile un'altra « veduta » di questi diritti in cui l'accento tende a spostarsi prevalentemente sul rifiuto nei confronti dell'imposizione di un modello di vita e sull'omologazione dei comportamenti individuali, che rimettere in discussione la visione idealistica dominante della persona, e lascia spazio invece ad una visione più inquietante, ma certamente più realistica, di una persona continuamente alle prese con forme capillari e pervasive di determinazione dei vari aspetti della propria esistenza e della propria identità da parte del potere pubblico e di un potere sociale che tendono gradualmente verso la normalizzazione ¹⁰³.

¹⁰² RUBENFELD, *The right of privacy*, in *Harvard Law Review*, 1989, 102, 739, ma già prima HENKIN, *Privacy and autonomy*, in *Columbia Law Review*, 1974, 74.

¹⁰³ L'autodeterminazione implica una dimensione interna cioè la capacità del soggetto di poter scegliere al riparo da pressioni e limitazioni; una dimensione esterna cioè la libertà da ogni forma di condizionamento sociale ed una dimensione fisica cioè l'integrità corporale; cfr. FLEMING, *Securing deliberative autonomy*, in *Stanford Law Review*, 1995, 45, 1: ogni riferimento all'autonomia non può essere disgiunta dalla considerazione dell'influenza che esercitano su di essa condizioni sociali come la formazione culturale, l'educazione, le alternative disponibili e la propensione a riflettere su di essa.

La costruzione della sfera privata però sollecita ad abbandonare una visione unidimensionale, come quella sottostante a questa impostazione, secondo la quale il potere è concentrato nelle istituzioni ed è espresso soltanto dallo Stato attraverso la legislazione. Il diritto è certamente importante, soprattutto quando incorpora con apparenza di neutralità i prodotti delle scienze e della tecnologia, ma non bisogna dimenticare quella rete complessa e ramificata, costituita dall'insieme dei prodotti della tecnologia, che incide sul corpo, sulla salute, sulle condizioni di vita ¹⁰⁴.

Del resto, le relazioni di potere non devono essere localizzate soltanto all'interno dello Stato, ma promanano anzi da una molteplicità di punti nel gioco non egitario e mobile delle relazioni sociali ¹⁰⁵.

La complessità con la quale il potere opera nel senso di condizionare la costruzione dell'identità richiede strategie complesse, dirette anche contro altre forme di potere sociale che esercitano una funzione « disciplinare » sul soggetto attraverso varie forme di sorveglianza e classificazione ¹⁰⁶.

Così, riprendendo la sfida alla distinzione fra pubblico e privato, la « resistenza » alla pervasività del potere può essere trovata proprio nella stessa rete di relazioni di potere costruita dallo Stato, attraverso l'attribuzione di poteri a soggetti che prima non li possedevano, operando una redistribuzione di potere non solo giuridico, ma anche sociale dai controllori ai controllati.

Ma il caso della costruzione della sfera privata è anche emblematico di una elaborazione o rielaborazione delle categorie tradizionali del diritto

¹⁰⁴ Secondo questa interpretazione la Corte Suprema dovrebbe ricostruire la *constitutional privacy* conducendola a fulminare d'incostituzionalità prevalentemente quelle leggi che arrivano a condizionare la totalità delle esistenze individuali al punto tale da produrre cittadini completamente standardizzati. Gran parte delle norme contribuiscono a "standardizzare" le esistenze individuali, solo alcune però possono contribuire ad espropriare totalmente della propria individualità i cittadini; cfr. RUBENFELD, *The right of privacy*, cit., 775. (« the state's power works positively to watch over and shape our lives, to dispose and predispose us, to inscribe into our lives and consciousness its particular designs »). Sul dibattito aperto dalla *constitutional privacy* cfr. MICHELMAN, *Law's Republic*, in *Yale L.J.*, 1988, 97, 1493; THOMAS, *Beyond privacy principle*, in *Columbia Law Review*, 1992, 92, 1431, SCHNABLY, *Beyond Griswold: Foucauldian and Republican approaches to privacy*, *Connecticut Law Review*, 23, 861, 1991.

¹⁰⁵ Il potere disciplinare opera attraverso le menti ed i corpi dei cittadini ("biopotere") ed è iscritto nella struttura stessa dell'essere ("ontologizzazione"). L'ispirazione foucaultiana, secondo la quale il diritto dovrebbe essere considerato non più soltanto per la sua funzione sanzionatoria di comportamenti difforni, quanto piuttosto per il modo in cui tende a controllare gli individui imponendo ad essi identità e ruoli socialmente predefiniti, anima questa interpretazione.

¹⁰⁶ Un riferimento per tutti è FOUCAULT, *Panopticismo*, in *Sorvegliare e punire*, Torino, Einaudi, 2005. Per l'impatto di Foucault sulla privacy cfr. autori nota precedente. Più in generale cfr. KENNEDY, *The stakes of Law, or Hale and Foucault!*, in *Sexy dressing etc.*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1993, 83.

privato che assume la valenza di una forma di resistenza locale allo scopo di contrastare un potere diffuso che non ha più un centro di irradiazione ed è associato non più alla forza, ma alla diffusione della conoscenza scientifica e tecnologica.

Infatti, dietro questi conflitti ci sono molto spesso soggetti deboli (bambini, malati, donne, immigrati), soggetti che per ragioni materiali, culturali, giuridiche patiscono una situazione di inferiorità.

Forme di resistenza che cercano di ristabilire un equilibrio o spostare il piatto della bilancia, sperando poi che questo si riassetti un pochino più dalla parte dei gruppi sfavoriti. Cosa che riporta alla ribalta in tutta la sua complessità la questione distributiva che è affidata all'elaborazione degli strumenti giuridici.

Bibliografia

- G. AMATO, voce « Libertà (dir. cost.) », in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, 272.
- A. BALDASSARRE, voce « Diritti inviolabili », in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, Ed. Enc. it., 1989.
- A. BALDASSARRE, voce « Libertà I. Problemi generali », in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, Ed. Enc. it., 1990.
- P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, il Mulino, 1984.
- V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia americana*, Torino, Giappichelli, 2005.
- L. BIGLIAZZI GERI, voce « Interesse legittimo (diritto privato) », in *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, Utet, 1993, 543 ss.
- F.D. BUSNELLI, *Spunti per un inquadramento sistematico*, in C.M. BIANCA-F.D. BUSNELLI (a cura di), *Tutela della « privacy »*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, 228.
- F.D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità d'agire del minore*, in *Dir. fam.*, 1982, 54.
- F.D. BUSNELLI, *Spunti per un inquadramento sistematico*, C.M. BIANCA-F.D. BUSNELLI (a cura di), *Commentario alla L. 31 dicembre 1996*, n. 675, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, 230.
- S. CACACE, *Informazione, consenso e rifiuto di cure: (il)licità del trattamento sanitario e (im)possibile conciliazione fra diritti del paziente e libertà del sanitario*, in G. COMANDÉ (a cura di), *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2004.
- D. CARUSI, *Contratto illecito e « Soluti retentio »*. *L'art. 2035 del Codice civile tra vecchie e nuove « Immoralità »*, Napoli, Jovene, 1995.
- P. CENDON-R. BAILO-F. BILOTTA-P. CECCHI, *I malati terminali ed i loro diritti*, Milano, Giuffrè, 2003.
- C. D'ARRIGO, *Autonomia privata e integrità fisica*, Milano, Giuffrè, 1999.
- O. DE SCHUTTER, *La vie privée entre droits de la personnalité et liberté*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1999, 827.
- A. DE VITA, *Art. 10 - Persone fisiche*, in *Commentario Scialoja-Branca, Art. 1-10*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1988, 505 ss.
- A. DI MAJO, *Profili dei diritti della personalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 69 ss.
- A. DI MAJO, *Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela*, in *Id.*, *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2001.
- A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2001.
- M. FABRE-MAGNAN, *Le sadisme n'est pas un droit de l'homme*, in *Dalloz*, 2005, 2973 ss.
- G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico. Principi, problemi e linee di tendenza*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, Giuffrè, 1998, 199 ss.
- G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, Cedam, 1999.

- G. FERRANDO, *Il principio di gratuità, biotecnologie e « atti di disposizione del corpo »*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 761 ss.
- G.B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, 138.
- M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Torino, Einaudi, 2005.
- K. GAREIS, *Die Privatrechtssphaeren in modernen Kulturstaate*, in *Zeitschrift fur Gesetzgebung und Praxis*, 1877, 3 ss.
- R. GAVISON, *Privacy and the limits of law*, in *Yale Law Journal*, 1980, 89, 421.
- R. GAVISON, *Too early for a requiem. Warren and Brandeis were right on privacy vs. free speech*, *South Carolina Law Review*, 1992, 43, 437.
- T. GERETY, *Redefining privacy*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 1977, 12, 233.
- G. GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 458.
- P. GROSSI, voce « Inviolabilità dei diritti », in *Enc. dir.*, XXII, Milano, Giuffrè, 1972, 712 ss.
- L. HENKIN, *Privacy and autonomy*, in *Columbia Law Review*, 1974, 74, 1410 ss.
- W. HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning*, in *Yale Law Journal*, 16, 23, 1913.
- A. HYDE, *Bodies of Law*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1997.
- Du. KENNEDY, *The Stakes of Law, or Hale and Foucault!*, in *Sexy dressing etc.*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1993, 83-125.
- M.R. MARELLA, *Bocca di rosa, Roxanne e le altre. Considerazioni in tema di sesso, mercato e autonomia privata*, in *Pòlemos*, 2008, n. 2, 35 ss.
- M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 1, 67 ss.
- A. MARGALIT, *La dignità umana fra kitsch e deificazione*, in *Ragion Pratica*, dicembre 2005, n. 2, 507 ss.
- G. MARINI, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 359 ss.
- G. MARINI-M.R. MARELLA, *La costruzione sociale del danno, ovvero l'importanza degli stereotipi nell'analisi giuridica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 1-2, 3 ss.
- D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 339 ss.
- D. MESSINETTI, voce « Personalità (diritti della) », in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, 355 ss.
- D. MESSINETTI, *Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 173 ss.
- D. MESSINETTI, *Identità personale e processi regolativi della disposizione del corpo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2, 1995, 197 ss.
- D. MESSINETTI, *I principi generali dell'ordinamento. Il pluralismo delle forme del linguaggio giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, 43 ss.
- D. MESSINETTI, *Processi di formazione della norma e tecniche « rimediali » della tutela giuridica*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, Giuffrè, 2004.
- M.T. MEULDERS-KLEIN, *Biomédecine, famille droit de l'homme: une même éthique pour tous?*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2000, 429 ss.
- F. MICHELMAN, *Law's Republic*, in *Yale Law Journal*, 1988, 97, 1493.
- F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995.
- P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il principio di dignità della persona umana nella società globalizzata*, in *Dem. dir.*, 2004, 201 ss.
- G.U. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico*, Milano, Giuffrè, 1979.
- E. NAVARRETTA, *Tutela della privacy*, in C.M. BIANCA-F.D. BUSNELLI, *Commentario alla L. 31 dicembre 1996, n. 675, in Le nuove leggi civili commentate*, Padova, Cedam, 1999.
- C. NEIRINCK, *La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique*, in *Mélanges Bolze*, Economica, 1999, 47.
- A. ORESTANO, *La circolazione dei dati personali*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, II, Milano, Giuffrè, 2003, 119 ss.
- A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, Cedam, 1990.

- A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Protezione dei dati personali e diritto di cronaca: verso un « nuovo ordine »*, in *Foro it.*, 2000, I, 644 ss.
- A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Protezione dei dati personali in Cassazione eugenetica dei diritti della personalità?*, in *Foro it.*, 2001, I, 2448 ss.
- G. PALMERI-M.C. VENUTI, *Il transsexualismo tra autonomia privata ed indisponibilità del corpo*, in *Dir. fam.*, 1999, n. 4, 1331 ss.
- S.P. PANUNZIO, *Il cittadino handicappato psichico nel quadro costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 2, 362 ss.
- S.P. PANUNZIO, *Premesse per uno studio sui diritti costituzionali e la capacità dei minori*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, Cedam, 1985, 633.
- P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, ESI, 1972.
- G. PINO, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, il Mulino, 2003.
- A. PIOGGIA, *Il diritto alla salute e la « direttiva Sacconi » sull'obbligatorietà di nutrizione e idratazione artificiali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 386 ss.
- A. PIOGGIA, *Consenso informato e rifiuto di cure: dal riconoscimento alla soddisfazione del diritto. A proposito della sentenza Tar Lombardia 214 del 2009*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 267.
- A. PIZZORUSSO, *I profili costituzionali di un nuovo diritto della persona*, in G. ALPA (a cura di), *Il diritto all'identità personale*, Napoli, 1983.
- W. PROSSER, *Privacy*, in *California Law Review*, 1960, 48, 383.
- G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 85.
- P. RESCIGNO, *I trattamenti sanitari tra libertà e dovere (l'obiezione di coscienza dei testimoni di Geova)*, in *Persona e comunità*, II, Padova, 1988, 298.
- G. RESTA, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 299 ss.
- G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 801 ss.
- G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, Jovene, 2005.
- G. RESTA, *Circolazione delle informazioni e responsabilità civile: il caso del Warentest*, in *Dir. inf.*, 1998, 285 ss.
- G. RESTA-V. ZENO-ZENCOVICH, *Informazione, consenso e responsabilità nei trapianti da vivente: prospettive nazionali e comunitarie*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, 965 ss.
- F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles-Paris, Bruylant, 1990.
- F. RIGAUX, *La vie privée, une liberté parmi les autres*, Bruxelles, Edition Larcin, 1992.
- S. RODOTÀ, *Per un nuovo statuto del corpo umano*, in A. DI MEO-C. MANCINA (a cura di), *Bioetica*, Roma-Bari, Laterza, 1989.
- S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, il Mulino, 1995.
- S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 583.
- S. RODOTÀ, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 571.
- S. RODOTÀ, *Diritto e diritti nell'era globalizzazione*, in S. SCARFONI (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sopranazionali*, Milano, Giuffrè, 2001.
- S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, (ed. ampliata), Milano, Feltrinelli, 2009.
- R. ROMBOLI, *La «relatività» dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del corpo*, in *Pol. dir.*, 1991, 565.
- L. ROSSI CARLEO, *Brevi considerazioni sulla problematica della forma del consenso negli atti di disposizione del corpo*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di M. Giorgianni*, Napoli, ESI, 1988, 692.
- J. RUBENFELD, *The right of privacy*, in *Harvard Law Review*, 1989, 102, 739.

- F. SACCO, *Note sulla dignità umana nel « diritto costituzionale europeo »*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Jovene, 2005.
- C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, Jovene, 1985.
- F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1944.
- A. SANTOSUOSSO, *Il consenso informato. Tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, Milano, Raffaello Cortina, 1994.
- A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà. Una storia fra diritto e scienza*, Milano, Raffaello Cortina, 2001.
- S.J. SCHNABLY, *Beyond Griswold: Foucauldian and Republican approaches to privacy*, in *Connecticut Law Review*, 1991, 23, 861.
- J.W. SINGER, *The legal rights debate in analytical jurisprudence from Bentham to Hohfeld*, in *Wisconsin Law Review*, 1982, 975 ss.
- P. STANZIONE, *Personalità, capacità e situazioni giuridiche del minore*, in *Dir. fam.*, 1999, 260 ss.
- P. STANZIONE, *Minorità e tutela della persona umana*, in *Dir. fam.*, 2000, 758 ss.
- D. TREMBLEY, *Les décisions de fin de vie et le respect de la l'autonomie de la personne*, in L. LAMARCHE-P. BOSSET (sous la direction de), *Les droits de la personne et les enjeux de la médecine moderne*, Sainte-Foy, Les presses de l'Université Laval, 1996.
- M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, Milano, Giuffrè, 2002.
- D. WARREN-L.D. BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, 4, 193.
- P. ZATTI, *Le « disposizioni del paziente »: ci vorrebbe un legislatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 313 ss.
- P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso del S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 1 ss.
- V. ZENO-ZENCOVICH, *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, in *Studium Iuris*, 1997, 466 ss.