

Tra diritto e non diritto *

GIORGIO PINO **

1. Di quanto diritto abbiamo bisogno? E di quale diritto abbiamo bisogno, nelle società contemporanee sempre più complesse, attraversate dal pluralismo culturale e dei valori, conflittuali, condizionate dalla presenza pervasiva della tecnologia? Il diritto è onnipresente nella società contemporanea, ora in maniera invasiva ora in maniera impercettibile; il diritto è familiare, incistato nella vita quotidiana, indispensabile alla convivenza sociale, e tuttavia spesso sembra ignorare la vita (la “nuda vita”): il diritto è sempre in bilico tra aspirazione a realizzare valori morali ed esercizio, ancorché disciplinato e proceduralizzato, della forza bruta.

Di tutto questo si occupa, sin dal titolo, l'ultimo libro di Stefano Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*: un percorso attraverso molti dei temi su cui l'Autore lavora, da anni, a molteplici livelli: sia come studioso, autore di contributi specialistici e di frequenti interventi sulla stampa, sia come *civil servant*. *La vita e le regole* non è destinato esclusivamente ad un pubblico di specialisti del diritto, la sua lettura non presuppone necessariamente una competenza sulle *technicalities* giuridiche, e l'esposizione non procede per criptiche strizzate d'occhio ai sodali accolti della veneranda e austera *scientia iuris*; al contrario, il linguaggio dell'autore rifugge dal tecnicismo, e le note a piè di pagina rimandano più spesso ad opere letterarie e cinematografiche, e a ricerche storiche e antropologiche, che non alla dottrina giuridica.

Tuttavia, *La vita e le regole* è un libro complesso, che spazia su piani di indagine diversi e che si offre a molteplici livelli di lettura e che non è riducibile ad un prontuario di ricette giuridiche, pur contenendo numerose prese di posizione su specifici problemi o dilemmi posti dai numerosi ambiti dell'esistenza in cui il diritto può essere rilevante¹. Una puntuale disamina critica delle soluzioni proposte nel libro

* Recensione a S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, pp. 285 (dove non diversamente indicato, i rimandi si intendono a questo libro).

** Professore associato di Filosofia del diritto, Università di Palermo.

¹ Ambiti esemplificati dai titoli dei capitoli in cui il libro è suddiviso: “Il corpo”, “La solitudine”, “Il dono”, “Il caso”, “Il gene”, “Il clone”, “Il dolore”, “La cura”, “La fine”.

eccederebbe i limiti di questa recensione. Proverò invece a ripercorrere e ricostruire i profili di quella che potremmo chiamare la filosofia del diritto di Rodotà, l'architettura teorica che fa da sfondo alle specifiche proposte di politica del diritto avanzate da Rodotà su problemi giuridici concreti.

2. Innanzitutto, qualche parola sullo stile di Rodotà. Lo stile di questo libro, infatti, è abbastanza inusuale per un giurista continentale, abituato a ragionare su regole o norme generali e astratte, ed è invece caratterizzato da un'argomentazione che prende le mosse da concreti e specifici casi della vita (il che peraltro rispetta la promessa del titolo stesso del libro, in cui la "vita" viene prima del "diritto").

In altre parole, l'argomentazione segue uno schema, abbastanza costante, che adotta come punto di partenza "casi" (reali, o ricavati dalla letteratura o dal cinema)², dalle cui particolarità viene sollecitata una riflessione sui modelli di risposta che il diritto è chiamato a dare. E la risposta è cercata in primo luogo sul piano dei principi (costituzionali, europei, internazionali), alla luce dei quali poi – solo alla fine – Rodotà approda al piano delle regole, cioè delle soluzioni più specifiche.

Si potrebbe pensare che questo modulo argomentativo sia poco più che un vezzo stilistico, o un avvicinamento ad una metodologia giuridica "postmoderna" che avvicina sempre più il linguaggio del diritto a quello della letteratura, e quindi alla narrazione di storie³. Questo forse è in parte vero, e potrebbe anche essere un modo per Rodotà per testimoniare il proprio debito, peraltro ripetutamente dichiarato, verso il pensiero giuridico femminista⁴, che della narrazione fa uno dei propri strumenti epistemici privilegiati. Tuttavia credo che una simile impostazione metodologica dipenda non solo da ragioni per così dire estetiche o dall'apertura sapientemente interdisciplinare che Rodotà ha esibito anche nei suoi lavori più "tecnici", ma altresì da specifiche ragioni teoriche.

Mi spiego. Il discorso di Rodotà è centrato su un costante richiamo ai principi e ai diritti fondamentali, in particolare, tra quelli più spesso richiamati da Rodotà, all'eguaglianza, alla dignità, alla solidarietà, all'autonomia e al libero sviluppo della personalità. Ora, questi sono tutti concetti che sfuggono ad una definizione precisa, "in astratto": definire la dignità non è come definire la compravendita, l'usucapione, o il peculato. Innanzitutto perché il contenuto di questi concetti (dignità, eguaglianza, ecc.)

² Per avere un'idea della frequenza con cui l'argomentazione parte da casi (reali o letterari), si vedano le pp. 45, 52, 56, 57, 79, 80, 84, 90, 91, 106, 129, 131, 158, 164, 170, 174, 183, 184, 194, 213-214, 215, 231, 249, 252, 258, 265.

³ Su questi temi, si veda in generale G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, il Mulino, Bologna, 2004. Sullo stile interdisciplinare di Rodotà, M.R. Ferrarese, *L'opera di Stefano Rodotà, ovvero la via italiana al «diritto e...»*, in G. Alpa, V. Roppo (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna. Seminario di studi in onore di Stefano Rodotà*, Jovene, Napoli, 2005, pp. 567-580.

⁴ Oltre a vari riferimenti sparsi nel testo si veda, sin dal titolo, il capitolo "La cura".

è controverso: abbiamo ovviamente delle intuizioni generiche su cosa dovrebbe richiedere il rispetto della dignità o dell'uguaglianza, ma al momento di passare dall'intuizione generica alla precisazione del concetto possono sorgere legittime e ragionevoli divergenze di opinione: tutto ciò che possiamo sperare è “un accordo non completamente teorizzato”⁵. In secondo luogo perché (come vedremo anche *infra*, § 4) questi principi o diritti non giocano mai da soli, ma solitamente si presentano in contrapposizione con altri diritti o principi. In altre parole, il contenuto dei diritti o principi fondamentali non è una entità misurabile in termini astratti o assoluti, ma è relativa anche alle caratteristiche del caso, al “peso” dei principi concorrenti, ecc.⁶.

La conseguenza pressoché obbligata è che il contenuto o il “peso” della dignità, o del libero sviluppo della personalità, ecc., potrà essere apprezzato solo prendendo in considerazione le caratteristiche di casi concreti e paradigmatici in cui si evidenzia una violazione della dignità, o una compressione dell'autonomia, e solo a partire da questi si potrà tentare una ricostruzione provvisoria del concetto rilevante, con un movimento non dissimile a quello che Rawls chiama equilibrio riflessivo⁷.

Se quanto appena detto è corretto, appare evidente l'importanza “strategica”, e non solo estetica, svolta dall'individuazione e dalla narrazione di casi (reali o letterari poco importa) nell'impianto di un libro che si propone di ribadire costantemente il ruolo e la tutela dei diritti fondamentali nelle scelte giuridiche.

3. Come accennato, il rapporto tra vita e diritto è il tema principale del libro (e di tutta l'opera recente⁸) di Rodotà. Rodotà insiste sulla natura ambigua di questo

⁵ Sul ruolo degli “incompletely theorized agreements” nel diritto, v. C. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 1996, cap. 2.

⁶ Per una analisi dell'uso di concetti simili da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee, A. Tancredi, *L'emersione dei diritti fondamentali “assoluti” nella giurisprudenza comunitaria*, in «Rivista di diritto internazionale», 2006, 3.

⁷ Cfr. J. Rawls, *Una teoria della giustizia* (1971), Feltrinelli, Milano, 1993, pp. 56-58. Il primato del “caso” nell'interpretazione costituzionale è sostenuto anche G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992. È interessante notare l'affinità di questo metodo con quello dell'ermeneutica giuridica: cfr. F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999.

⁸ Oltre alla copiosa produzione pubblicistica si possono segnalare, tra gli scritti più recenti: *Diritto, diritti, globalizzazione*, in «Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale», 2000, 4, pp. 765-777; *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in «Rivista critica del diritto privato», 2000, 4, pp. 571-604; *Proprietà, Privacy e Pornografia, le tre 'P' di Internet*, in «Problemi dell'informazione», 2001, 2/3, pp. 238-243; *Proprietà: una parola controversa*, in «Parolechiave», 2003, 30, pp. 1-12; *Dai diritti sociali ai diritti dell'individuo*, in «Bioetica», 2003, 2, pp. 215-221; *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice della privacy*, «Europa e diritto privato», 2004, 1, pp. 1-11; *Diritto, scienza, tecnologia: modelli e scelte di regolamentazione*, in «Rivista critica del diritto privato», 2004, 3, pp. 357-375; *Libertà personale. Vecchi e nuovi nemici*, in M. Bovero (a cura di), *Quale libertà*, Laterza, Roma-Bari, 2004; *Il Codice civile e il processo costituente europeo*, in «Rivista critica del diritto privato», 2005, 1, pp. 21-33; *Persona, libertà, tecnologia. Note per una discussione*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 2005, 5; *L'età dei diritti. Le nuove sfide*, in AA.VV., *Lezioni Bobbio. Sette interventi su etica e politica*, Einaudi, Torino, 2006, pp. 55-80; *Trasformazioni del corpo*, in «Politica

rapporto. Per un verso infatti, mette in evidenza il carattere liberante del diritto come strumento di regolazione sociale, rivelato dalle vicende del primato della legge e della codificazione nell'età moderna: dopo l'Illuminismo, infatti, il diritto positivo prende il posto di altre forme di regolamentazione o definizione dei rapporti sociali, quali la religione, la morale, la tradizione, il costume, la "natura": a differenza da tutti questi sistemi normativi di regolazione della condotta umana e di strutturazione dell'ordine sociale, il diritto (moderno) è un'entità del tutto e consapevolmente artificiale, è frutto di volontà umane che si incontrano e che lo stesso incontro di volontà può modificare.

Come tecnica di regolazione (o controllo) sociale, il diritto non è dunque un "dato", un arredo del mondo che si impone all'uomo, ma uno strumento, ed è uno strumento che nasce con forti aspirazioni liberanti: la legge, in quanto norma generale e astratta prodotta dall'organo rappresentativo della volontà popolare, è la regola che il popolo dà a sé stesso e che lo rende libero (Rousseau); il codice, e il codice civile in primo luogo, azzera le differenze dei rapporti giuridici in base al ceto e istituisce il soggetto unico di diritto⁹.

E tuttavia la liberazione promessa dal diritto moderno non è priva di costi. Infatti, come strumento di superamento di un ordine sociale gerarchico, "verticale"¹⁰, il diritto moderno deve adottare come valore fondamentale l'uguaglianza formale, e considerare gli esseri umani come "soggetti" e non come "persone": in altre parole deve lasciare da canto la dimensione dell'esistenza, della sua materialità. Il diritto moderno deve la sua autorità alla capacità di autonomizzarsi rispetto alla morale, di escludere dall'orizzonte della deliberazione giuridica considerazioni sostanziali¹¹. Ciò paradossalmente rende il diritto un artefatto umano che rischia costantemente di diventare "inumano", perché costretto ad ignorare lo scorrere delle vicende esistenziali, e la materialità del corpo.

Inoltre, venuto meno il primato di altri sistemi normativi "forti" (in primo luogo una morale e una religione condivise) e la credenza in un ordine sociale "naturale", e davanti agli effetti talora stranianti del progresso tecnologico, al diritto si chiede «una reazione, la ricostituzione di un ordine violato»¹²: in altre parole si chiede al diritto non solo o non tanto di dare una regola, di dare certezza alle relazioni sociali, ma anche di ricostruire l'ordine simbolico, e ciò anche a costo di soluzioni semplicistiche purché

del diritto», 2006, pp. 3-24. Molti dei temi trattati in *La vita e le regole* erano stati anticipati, in forma di conversazione, in *Intervista su privacy e libertà*, a cura di P. Conti, Laterza, Roma-Bari, 2005.

⁹ Su questi temi, v. M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1995; P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. Vol. 2: L'età delle rivoluzioni*, Laterza, Roma-Bari, 2000, cap. I.

¹⁰ Si veda L. Friedman, *La società orizzontale* (1999), il Mulino, Bologna, 2002.

¹¹ J. Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979.

¹² Cfr. p. 16.

certe e definitive. Ecco che la giuridificazione, la delega al diritto (e spesso alla forma di diritto dotata di maggior contenuto simbolico, il diritto penale) della soluzione dei problemi sociali rischia di innestare nel diritto tendenze autoritarie, ogniqualvolta la risposta giuridica non sia ricerca di mediazione, ma imposizione del punto di vista (valori, opzioni culturali) di una parte della società: «il rischio di un uso autoritario del diritto, come scorciatoia per chiudere precocemente un conflitto, come strumento per imporre valori non condivisi»¹³.

Uno dei temi del libro è dunque il rapporto dialettico tra diritto e vita, la costante tensione tra la dimensione “liberante” e quella “livellatrice”, se non addirittura autoritaria e inumana, della regola giuridica¹⁴. Peraltro Rodotà nota attentamente come entrambe queste funzioni o dimensioni del diritto possano essere svolte non solo da norme giuridiche effettivamente applicate, ma anche nel momento in cui esse vengono formulate, proclamate; si tratta, in altre parole, della funzione simbolica del diritto¹⁵. Ad esempio, la formulazione di un catalogo costituzionale di diritti fondamentali svolge *anche* il ruolo di fondamento simbolico di conformazione dei poteri pubblici (in maniera non troppo dissimile, una parte della dottrina americana parla a questo proposito di “aspirational law” e “aspirational rights”, per caratterizzare gli effetti benefici che possono comunque dispiegare alcune disposizioni e diritti costituzionali anche prima o in mancanza di una loro piena applicazione giudiziale¹⁶); e inoltre davanti ad un diritto fondamentale inattuato è possibile la critica (giuridica, e non solo etico-politica) dei poteri pubblici, la denuncia della loro inadempienza¹⁷. La funzione simbolica del diritto può però operare anche in direzione repressiva se non “autoritaria”: si pensi ad esempio ad alcune disposizioni della recente legge italiana sulla fecondazione assistita (l. 40/2004), a prima vista talmente assurde e inapplicabili da poter avere una funzione nient’altro che simbolica, di stigmatizzazione ad oltranza di certe pratiche mediche e forse anche di certi desideri umani: così possono spiegarsi l’obbligo di impiantare alla donna gli embrioni creati su sua richiesta (non è chiaro

¹³ Cfr. p. 201; per altri spunti in tal senso, cfr. ad es. pp. 10, 14, 16, 47, 62, 64, 86.

¹⁴ La stessa dialettica, segna per Rodotà il rapporto tra la vita e un’altra invenzione umana, cioè la tecnologia, in molti degli aspetti in cui essa ha recentemente cambiato le nostre vite (Internet, biotecnologie, ma anche i mezzi di trasporto). Per un verso, le nuove tecnologie aprono nuovi spazi di libertà e di realizzazione personale (si pensi ad esempio alle comunità virtuali che nascono su Internet, che danno alle persone possibilità di aggregazione difficilmente immaginabili nello spazio “fisico”), mentre per altro verso approntano nuovi strumenti di controllo per finalità di polizia o di mercato (v. ad es. pp. 89, 92, 244, 261, e diffusamente il capitolo “Il corpo”).

¹⁵ Per alcuni esempi, si vedano le pp. 26, 31, 42.

¹⁶ R. Fallon, *Judicially Manageable Standards and Constitutional Meaning*, in «Harvard Law Review», vol. 119, 2006, pp. 1274-1332.

¹⁷ Sulla possibilità di qualificare come lacuna l’omissione da parte del legislatore di prevedere garanzie dei diritti fondamentali, si veda la rigorosa ricostruzione teorica di L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 26-33.

infatti come quest'obbligo potrebbe essere eseguito coattivamente contro la volontà della donna), e la presenza, nel contesto di una legge sulla procreazione medicalmente assistita, di un divieto di « produzione di ibridi e chimere» (*sic*)¹⁸.

4. Di fronte a linee di sviluppo talmente complesse, la risposta del diritto dovrebbe innanzitutto risiedere nella valorizzazione dello spazio dei diritti. Il catalogo dei diritti è ciò che dà contenuto alla cittadinanza, non più legata ad un territorio; questa idea si salda a quella della «indivisibilità dei diritti»¹⁹ che solo contingentemente possono essere ricondotti a diverse “generazioni” o categorie. Rodotà in tal modo reagisce all'idea che i diritti sociali appartengano ad una categoria o generazione posticcia e recessiva rispetto ai “veri” diritti, le libertà civili e politiche o diritti di “prima” e “seconda” generazione: l'idea di cittadinanza consiste pertanto nella pienezza dei diritti (civili, politici e sociali), e attribuire l'erogazione di alcuni servizi essenziali (scuola, sanità) al mercato significherebbe frammentare l'idea di cittadinanza, e di fatto introdurre surrettiziamente un ritorno alla cittadinanza censitaria.

In secondo luogo, e conseguentemente, il diritto dovrebbe supportare la netta sottrazione al mercato e alle logiche di mercato di alcune aree o beni vitali, legati all'esistenza, attraendoli piuttosto nell'area del dono e, in termini giuridici, dei principi di solidarietà e gratuità²⁰.

A questo proposito Rodotà, in alcune pagine di estrema finezza analitica, chiarisce il significato rispettivamente della gratuità e della solidarietà, i loro ambiti di estensione e applicazione, e i loro rapporti, sottolineando l'impossibilità di ridurre l'una all'altra. Il significato di politica del diritto di questa distinzione (ma non separazione, in quanto tra le due si danno aree di sovrapposizione) è abbastanza chiaro: evitare che la solidarietà sia confinata ai soli settori del diritto e ai soli rapporti giuridici governati dalla gratuità: per Rodotà infatti la solidarietà è un principio allo stesso tempo generale e fondamentale. “Generale”, perché si applica (almeno potenzialmente) a tutto l'ordinamento, anche ai rapporti giuridici patrimoniali quindi, e si ricorderà che una delle intuizioni più originali del Rodotà civilista è stata la rilettura delle clausole generali di buona fede (art. 1175 c.c.) e di ingiustizia del danno (art. 2043 c.c.) proprio alla luce del principio costituzionale di solidarietà²¹, inaugurando in tal modo la stagione della costituzionalizzazione del diritto civile. E “fondamentale”, perché

¹⁸ Vedi rispettivamente art. 14, commi 1 e 2, e art. 13, comma 3, lett. d. Per una rassegna più completa delle storture della legge n. 40/2004, si veda C. Flamigni, M. Mori, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita. Paradigmi a confronto*, Il Saggiatore, Milano, 2005, pp. 50 ss.

¹⁹ Cfr. pp. 36, 39.

²⁰ V. diffusamente il capitolo “Il dono”.

²¹ Si vedano rispettivamente *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 150-152, e *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 96-106.

apparterrebbe a quel nucleo di principi costituzionali supremi sottratti alla stessa revisione costituzionale²².

Il principio di solidarietà serve dunque a tracciare i confini di uno spazio sottratto alle logiche di mercato, alla *commodification* (cioè alla trasformazione di qualsiasi bene in entità scambiabile sul mercato, con un prezzo determinato dalla legge della domanda e dell'offerta), e questo è innanzitutto lo spazio del corpo. Nella prospettiva di Rodotà il corpo non è però assoggettato ad un regime di inalienabilità o indisponibilità assoluta, che di fatto renderebbe la persona non "proprietaria" di sé stessa (come nel caso che si ritenesse irrilevante la volontà dell'interessato di sottoporsi o non sottoporsi a determinate cure²³), ma ad una inalienabilità a soli fini di mercato, una *market-inalienability*: il principio di solidarietà fa sì che si possa disporre del proprio corpo in contesti caratterizzati da gratuità, e rimessi alla libera determinazione degli interessati.

La distinzione tra mercato e non-mercato dunque non dipende né dal principio di gratuità (scambi gratuiti possono ben accompagnarsi, ed essere funzionali, a transazioni di mercato) né da quello di solidarietà (il principio di solidarietà, in quanto principio generale, opera in entrambi i campi, seppur con modalità differenti²⁴), ma dal tipo di bene o servizio oggetto di scambio, di trasferimento, o comunque di poteri di disposizione o scelta da parte del titolare, e tali beni sono individuati in base alla loro vicinanza con le sfere della dignità, dell'eguaglianza e dell'autonomia: quanto più un bene è strumentale alla conservazione e alla tutela di quelle sfere, tanto più sarà limitata la sua circolazione sul mercato (alcuni beni infatti devono essere sottratti al mercato, ma possono circolare con altre modalità), fino al divieto totale di disposizione di alcuni beni anche in contesti di non-mercato.

Ricostruendo "olisticamente" il pensiero di Rodotà sul punto, si potrebbe allora immaginare il seguente schema di organizzazione dei beni rilevanti per il diritto:

- a) *Beni disponibili in regime di mercato*. In questo ambito, il principio cardine è quello di autonomia (anche – ma non solo – nella sua specifica applicazione come libertà di iniziativa economica), e il principio di solidarietà opera in funzione "correttiva" o "conformativa" di condotte (adempimento di prestazioni, doveri di *neminem laedere*, ecc.). Questi beni possono essere oggetto di:
- a¹) scambi onerosi (le normali transazioni di mercato);
 - a²) scambi gratuiti ma funzionali a logiche di mercato (la c.d. *gift economy*: si tratta di beni che vengono diffusi in forma apparentemente gratuita, ma al fine di "catturare" il consumatore inducendolo a munirsi di beni ulteriori a pagamento);

²² Cfr. p. 123.

²³ Sul problema dell'accanimento terapeutico, v. pp. 250-251.

²⁴ Per un diverso modo di intendere il ruolo del principio di solidarietà all'interno del mercato, v. comunque N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998, spec. cap. III.

- a³) scambi gratuiti, volontariamente sottratti a transazioni onerose (il riferimento più attuale è quello alle nuove forme di condivisione dell'informazione e della conoscenza, come il *peer to peer*, l'*open source*, i nuovi *commons*: beni che potrebbero essere – e solitamente sono – scambiati in via onerosa, ma che gli interessati decidono liberamente di far circolare in via gratuita, cosa che assume un particolare significato sociale come condivisione della conoscenza, adesione a comunità virtuali ecc.).
- b) *Beni disponibili in regime di non-mercato*: Si tratta di beni disponibili ma solo con trasferimenti a titolo gratuito; qui il principio di solidarietà è il principio fondante, in congiunzione a quello di autonomia personale, e richiede la gratuità²⁵. In questo ambito si potrebbero ulteriormente individuare:
- b¹) beni disponibili e trasferibili (ad esempio: parti del corpo, maternità surrogata, ecc.)²⁶;
- b²) beni disponibili ma non trasferibili (decisioni di fine vita, consenso informato a determinati trattamenti medici²⁷).
- c) *Beni indisponibili*. Per questo tipo di “beni” non rileva il consenso dell'interessato: il principio cardine è quello di dignità, che assume un valore preminente anche rispetto all'autonomia personale, ed eventualmente può giocare in congiunzione alla tutela della salute e alla ricerca scientifica²⁸. Tra i casi che possono mettere in evidenza il ruolo della dignità rispetto all'autonomia in questo contesto, si pensi ad esempio, al divieto di mettere a disposizione (trasferire la conoscenza) di altri il proprio “codice genetico”²⁹, o di sottoporsi volontariamente a pratiche che incidono sulla dignità personale (come nel caso del “lancio del nano”, o della partecipazione a giochi che prevedono l'omicidio simulato)³⁰. Da notare che, mentre il discorso di Rodotà è espressamente riferito a beni attinenti direttamente alla persona, nulla impedisce di includere in questa terza area anche beni non strettamente personali ma comunque da sottrarre al mercato, e ancora

²⁵ «La gratuità non si presenta soltanto, o prevalentemente, come espressione di una scelta possibile tra una relazione onerosa e una gratuita. Essa definisce anche materie o rapporti la cui legittimità giuridica è condizionata appunto dalla rispondenza a logiche non mercantili» (p. 121); si vedano anche le pp. 38, 49-50, 86.

²⁶ Cfr. pp. 95, 121, in nota.

²⁷ Cfr. p. 250 ss., 262.

²⁸ Cfr. pp. 185, 187, 188, 192, 196, 198.

²⁹ Cfr. p. 179.

³⁰ Si vedano rispettivamente Conseil d'Etat, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*; Corte giust. 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega Spielballen- und Automatenaufstellungs GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*.

prima alla stessa appropriazione privata: ad esempio l'acqua, l'aria, l'integrità dell'ambiente³¹.

Credo che questo schema sia ragionevole. Esso mostra peraltro come in ciascuno di questi ambiti ci sia sempre più di un principio fondamentale rilevante (autonomia, solidarietà, dignità, eguaglianza, tutela della salute, ecc.), e che in questo quadro pluralista i principi costituzionali non sempre spingono nella stessa direzione, non sempre compongono un quadro armonico ma anzi cambiano continuamente posizione come in un caleidoscopio. Il caso più evidente è senz'altro quello del possibile conflitto tra autonomia personale e dignità personale: nei casi *b'*) disponibilità e trasferibilità sono ammesse nella misura in cui non violino la dignità dell'interessato (oppure, con terminologia da codice civile, non siano in contrasto con l'ordine pubblico e il buon costume); nei casi *b''*) sia la disponibilità che la non trasferibilità sono richieste dal principio di dignità, sono entrambe funzionali al mantenimento e alla protezione della dignità dell'interessato; nei casi *c*), infine, la tutela della dignità impone di rendere alcuni beni indisponibili, e quindi sacrifica del tutto l'autonomia.

Ciò significa che l'individuazione della regola per disciplinare concretamente e specificamente l'esercizio dei diritti relativi a questi beni non può che essere un bilanciamento (legislativo o giudiziale, a seconda dei casi³²) tra i principi fondamentali in conflitto, e che su questo bilanciamento potranno manifestarsi dissensi e controversie che, lungi dall'essere peregrini, sono necessariamente il riflesso del diverso "peso" che persone diverse possono attribuire ai valori in gioco.

Su questo argomento si profilano, inoltre, almeno due profili meritevoli di ulteriore approfondimento (qui si potrà fare solo un rapido cenno).

In primo luogo, per i beni sub *b*) si pone un delicato problema di individuazione dello strumento più adatto di allocazione³³. La prima possibilità è ovviamente rimettere la scelta (dell'individuazione del destinatario del bene trasferito) all'interessato, ripercorrendo lo schema giuridico della donazione; in tal modo si corre però il rischio di facili elusioni, ogniqualvolta dietro una apparente donazione si cela in realtà una vendita. Una seconda possibilità è fare ricorso al "caso"³⁴, cioè al sorteggio o alla "coda", eventualmente associati a forme di anonimato anche bilaterale; in tal caso però

³¹ Sul punto, v. L. Ferrajoli, *Diritto civile e principio di legalità*, in «Europa e diritto privato», 2005, 3, pp. 655-668.

³² Sul punto, mi permetto di rinviare a G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in «Etica & Politica», 2006, 1.

³³ Su questi aspetti, con specifico riferimento alle alternative tra mercato e altre tecniche di allocazione di risorse scarse, si veda G. Calabresi, P. Bobbit, *Scelte tragiche* (1978), Giuffrè, Milano, 1986 (e in particolare pp. 28-32 per il ricorso al sorteggio). Per una efficace rassegna delle tecniche di allocazione di beni diverse dal mercato, G. Tarello, *Il diritto e la funzione di distribuzione dei beni* (1978), in Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, il Mulino, Bologna, 1988, pp. 219-234.

³⁴ Cfr. pp. 162-163

la garanzia della “purezza” etica dell’atto porta come prevedibile conseguenza quella di scoraggiare eccessivamente il trasferimento di questi beni con potenziale pregiudizio alla salute dei soggetti che avrebbero interesse a ricevere quei beni: ciò che evidenzia la tragicità della scelta, visto che il pregiudizio alla salute delle persone bisognose di organi è un “costo” che viene richiesto dal rispetto della dignità e dell’eguaglianza (ad un ipotetico mercato di organi avrebbero più agevole accesso le persone benestanti³⁵). Si possono intuire quindi le difficoltà che in questo ambito incontrano i regolatori nell’effettuare il bilanciamento cui si accennava poco sopra, difficoltà che aumentano se il dibattito o comunque l’ambito delle opzioni disponibili è inquinato da pregiudizi variamente culturali, ideologici o religiosi.

In secondo luogo, una parola sul principio di solidarietà. Nella ricostruzione di Rodotà esso opera in maniera estremamente pervasiva, sia nelle relazioni di mercato sia in quelle di non-mercato, fino ad essere – lo abbiamo visto – principio sia generale che fondamentale. Credo che l’argomento di Rodotà, se l’ho correttamente ricostruito, sia affascinante, ma in qualche misura anche rischioso nel fare assurgere la solidarietà finanche a principio “supremo” e quindi gerarchicamente sovraordinato ad altri principi costituzionali.

La perplessità nasce dal fatto che nella Costituzione italiana la solidarietà si presenta come oggetto di doveri, addirittura inderogabili (art. 2), mentre Rodotà sembra impiegarla come declinazione di varie libertà³⁶. In altri termini, nella proposta di Rodotà l’ordinamento giuridico dovrebbe, in base al principio di solidarietà, riconoscere e agevolare l’esercizio di *facoltà* o *libertà* e quindi di autonomia (ad es. nel campo della donazione di organi, o della maternità surrogata), in quanto espressione di solidarietà. Invece nell’art. 2, almeno nella sua lettura più immediata, la solidarietà è oggetto di *doveri* (e non di atti di autonomia).

Il problema a mio giudizio è che l’enfasi sulla solidarietà, se intesa – come ritengo corretto – come fonte di doveri, ha la conseguenza immediata di giustificare la compressione di diritti e di libertà, compressione tanto maggiore quanto maggiore sono il raggio di azione e il peso tributati alla solidarietà. Si dirà: anche se fonte di doveri (e non di autonomia), la solidarietà può e deve pur sempre essere limitata (bilanciata) con altri diritti e principi costituzionali, come il libero svolgimento della personalità. Vero. Però questo bilanciamento si troverebbe inevitabilmente a risentire del particolare peso della solidarietà, che è “inderogabile” e per di più è un principio “supremo”, quindi più forte di altri principi costituzionali che non siano a loro volta supremi.

³⁵ Questo problema (che, ovviamente, è ben presente a Rodotà: v. ad es. pp. 95-96), è sviluppato da M.J. Radin, *Contested Commodities*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1996.

³⁶ Cfr. ad es. p. 135.

Non sono sicuro che Rodotà sarebbe del tutto a suo agio con un simile imperialismo della solidarietà, una volta che essa sia considerata oggetto e giustificazione di doveri inderogabili, e non di atti di autonomia. Una possibile via d'uscita potrebbe essere una concezione "unitaria" o "indivisibile" di diritti e doveri, più volte affermata da Rodotà³⁷: in tal modo, resterebbe vero che la solidarietà è oggetto di doveri (come recita l'art. 2 cost.), tuttavia sarebbe proprio l'adempimento di questi doveri a giustificare l'attribuzione di determinati diritti³⁸. La costruzione è indubbiamente elegante, ma essa a ben guardare porterebbe ad instaurare un rapporto di dipendenza assiologica dei diritti nei confronti dei doveri (anziché una loro più "neutra" interdipendenza), ripercorrendo a ritroso il faticoso cammino che ha portato, parafrasando Bobbio³⁹, dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti. L'esito è, in altre parole, la «funzionalizzazione dei diritti in senso sociale»⁴⁰.

A mio giudizio, invece, sarebbe forse più opportuno lasciare giocare la solidarietà come principio tra altri principi, e cercare altri fondamenti costituzionali per giustificare la sottrazione di alcuni beni al regime di mercato (tipicamente quelli che abbiamo collocato sub *b'*), primo tra tutti il riferimento alla dignità e libertà umana come limite all'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 comma 2 cost.

5. Come si vede, il panorama disegnato da Rodotà è complesso, le sfide molteplici. Di quanto diritto abbiamo bisogno, e di che tipo di diritto abbiamo bisogno, per affrontare le sfide di una società sempre più invasa dalla tecnologia e dal mercato, e attraversata dalla paura e dal bisogno di sicurezza? Come deve essere il diritto per non imprigionare la vita?

Innanzitutto, nelle materie in cui sono direttamente in gioco diritti fondamentali, come le scelte direttamente incidenti sulla sfera della vita e del corpo, il diritto dovrebbe evitare di ripiegarsi sulla "astrattezza"⁴¹, preferendo invece rendere possibili analisi caso per caso dei diritti e dei valori in gioco. Ne deriva un modello di regolazione *soft*⁴², che alla logica dicotomica lecito/illecito tipica del diritto penale sostituisce una ricerca anche faticosa della risposta più adeguata, e che sostituisce ad un modello imperativistico del diritto come comando che si impone in maniera "verticale"

³⁷ Cfr. ad es. pp. 39, 229.

³⁸ «L'attribuzione di un diritto può essere, al tempo stesso, lo strumento per mettere un soggetto nella condizione di adempiere un dovere» (p. 229); Rodotà fa a questo proposito l'esempio dei permessi parentali. Si potrebbe però argomentare che qui la solidarietà è richiesta al datore di lavoro, e non al genitore, e quindi è nuovamente fonte di un obbligo e non di un diritto.

³⁹ N. Bobbio, *Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti* (1988), in Id., *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1999, pp. 431-440 (con il titolo *Il primato dei diritti sui doveri*).

⁴⁰ Cfr. p. 229.

⁴¹ Cfr. ad es. pp. 23, 26, 27, 31, 74.

⁴² Cfr. ad es. pp. 28, 58, 88, 145, 200-201 (ma vedi già *Tecnologie e diritti*, il Mulino, Bologna, 1995, p. 149).

ai consociati un modello “polifonico” (l’espressione non è di Rodotà, ma credo che renda bene il suo pensiero) in cui la risposta giuridica è elaborata congiuntamente dal legislatore che formula regole generali, dal giudice con il suo ruolo quasi nomofilattico di garanzia dei diritti fondamentali, da autorità indipendenti che possono essere chiamate ad esprimere autorizzazioni caso per caso, da comitati tecnici che possono individuare protocolli, *best practices* e codici di deontologia, e lascia spazi sostanziali di esplicazione all’autonomia personale e alla solidarietà.

È significativo infatti che Rodotà ricorra spesso alla locuzione “risposta istituzionale” invece che a quella “risposta giuridica”, quasi a sottolineare che il diritto, la giuridificazione (specialmente sotto forma di regola astratta magari accompagnata da sanzione penale) non è di per sé la panacea dei problemi sociali, e può anzi essere una ipocrita scorciatoia; invece, la risposta giuridica ai problemi sociali deve essere accompagnata da impegno istituzionale, da *policies*, e da progetti culturali di ampio respiro (ad esempio, promuovere l’accettazione e l’inclusione sociale, come nel caso del “diritto alla malattia” cioè la creazione di un ambiente sociale che alla sofferenza di avere una certa patologia non aggiunga anche uno stigma o un rifiuto sociale).

Ovviamente anche in queste sfere dell’esistenza resta pur sempre spazio per un ruolo puramente coercitivo o repressivo per il diritto, che deve entrare in gioco nei casi estremi (come ad esempio per la clonazione riproduttiva o l’eugenetica di massa⁴³). Ma oltre questi casi estremi il diritto dovrebbe privilegiare una funzione promozionale, coniugata alla costruzione di “punti di vista” nella società, di consapevolezza sociale, rinunciando a pretese di «imperialismo sociale»⁴⁴, che condannano inesorabilmente il diritto ad essere rifiutato dai suoi destinatari, e accettando di riconoscere l’esistenza di spazi in cui dovrebbe semplicemente tacere.

⁴³ Cfr. pp. 171, 243.

⁴⁴ Cfr. p. 201.