



CARMELITA CAMARDI

Professoressa ordinaria di Diritto privato – Università Ca' Foscari Venezia

PLURALISMO E STATUTI GIURIDICI DELLE PERSONE*

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *Normare (i diritti del) le persone.* – 3. *Il percorso dal soggetto alle persone. Il pluralismo relazionale ed economico nella dimensione costituzionale.* – 4. *Segue. Il pluralismo esistenziale e lo sviluppo delle identità (nella dimensione familiare).* – 5. *La dignità e la liberazione delle persone dai ruoli familiari.* – 6. *Dignità e scelte sul corpo fisico.* – 7. *Corpo elettronico e dati personali.* – 8. *Qualche riflessione finale e qualche prospettiva in punto di effettività.*

1. – Nel contesto di un incontro che si interroga sulle sorti dello strumento “codice” nella prospettiva di un ordinamento sovranazionale, un discorso sulle “persone” può acquistare coerenza con questa prospettiva, oltre che interesse scientifico, laddove si articoli non tanto sul piano contenutistico, quanto su quello teorico. L’interesse cioè è quello di enucleare gli strumenti tecnici mediante i quali si costruisce –o si può costruire– la fenomenologia giuridica della persona, il punto di vista a partire dal quale la stessa è inquadrata nel sistema dei soggetti di diritto, i presupposti ai quali è legata l’attribuzione dei relativi diritti, poteri e limiti, la possibilità o meno di considerare tali diritti come fattispecie tipiche piuttosto che come declinazioni non tassative dei principi che nel moderno costituzionalismo sono rivolti alla persona.

Questo approccio è dovuto, con ogni evidenza, al fatto che la fenomenologia giuridica della persona si presenta complessa in modo unico, non paragonabile ad altre, per essere la persona espressione con la quale si evoca quel *quid* di inesplicabile che è l’essere umano, e che di per sé non si lascia ridurre ad una categoria conoscitiva unitaria. Ed infatti, per quanto il diritto delle persone possa condividere con gli altri settori dell’ordinamento talune caratteristiche di fondo, ad esempio quelle che vincolano il legislatore ad una normazione tendenzialmente egitaria e a vocazione generale, tuttavia non c’è dubbio che l’evoluzione degli ordinamenti contemporanei verso una cifra marcatamente personalistica è avvenuta attraverso l’introduzione di principi che rimangono esclusivi del diritto delle persone, e che registrano un grado di inderogabilità assai elevato, ed a volte nemmeno bilanciabile con altri principi, e che possono esitare nell’applicazione di statuti differenziati.

La scelta storica operata dalle Carte dei diritti del secondo dopoguerra va indubbiamente in questa direzione e conferisce perciò al diritto costituzionale delle persone una primazia anche dinamica, capace di condizionare l’applicazione di tutte le norme e di attualizzarle in funzione personalistica con modalità fortemente espansive. Quando la Carta di Nizza esordisce proclamando l’inviolabilità della dignità umana, essa offre

* Il presente saggio rielabora la Relazione tenuta al Convegno “L’Europa dei codici o un codice per l’Europa?”, organizzato dall’Unione privatisti italiani e dall’Accademia dei Giusprivatisti Europei, presso L’Università di Pavia, il 18-19 novembre 2022.



all'interprete – ma prima ancora al legislatore – un parametro fondamentale e ineludibile, che permea di sé tutti gli ambiti nei quali la persona si trova ad operare, e tutti i processi (tecnologici, economici, culturali, comunicativi) che il sistema sociale mette in opera per assicurare la sua riproduzione.

Ciò che – come subito cercheremo di argomentare – complica in maniera permanente l'attività del legislatore che deve costruire le norme sulla persona e l'attività dell'interprete che le deve applicare.

Ciò premesso, il lettore comprenderà come, in ragione di un tale approccio, le pagine che seguono non si attarderanno nel riferire i contenuti delle singole normative che verranno evocate; per soffermarsi di più invece su quegli aspetti tecnici ma anche teorici che contraddistinguono la strumentazione giuridica con la quale si governa la fenomenologia esistenziale e comportamentale della persona-essere umano.

2. – Una rapida osservazione dello stile che caratterizza – ad oggi – gli interventi normativi o i relativi progetti riformatori restituisce nella materia delle persone fisiche uno scenario controverso e altamente differenziato.

Per un verso, i progetti nazionali di riforma dei codici si concentrano sugli aspetti patrimoniali in senso stretto dei rapporti civili (obbligazioni e contratti, successioni), e non prendono nemmeno in considerazione il tema delle persone fisiche, il cui principale articolo di riferimento peraltro si ritiene da tempo superato¹; oppure lo fanno indirettamente, per ciò che concerne i rapporti personali o patrimoniali tra coniugi, o parti di una unione civile, anche in previsione di una eventuale crisi e comunque in riferimento all'educazione dei figli, e in ogni caso nel rispetto dei diritti fondamentali della persona umana².

Più in generale, comunque, questi progetti non si presentano come vere e proprie “ricodificazioni”, come riscrittura del volto o del corpo della sovranità di un paese³, bensì come mera *legislazione*, adeguamento, che non è in grado di incidere significativamente sulla costruzione della società civile di un paese. In questo scenario, i diritti delle persone sono anch'essi certamente toccati e ritoccati (parlerò più avanti della riforma della parità di genere in Francia come di un modello normativo interessante del diritto delle persone), ma in assenza di una visione strategica e di ricostruzione di un preciso progetto di mondo.

Per altro verso, a fronte della rilevanza che la cultura giuridica riconosce alle Carte dei diritti, e ai profili di “persone” che esse costruiscono con riferimento talvolta indiretto ad elementi differenziali tendenzialmente oggettivi⁴; la legislazione ordinaria non manca di prospettare una serie di altre figure di persone ritenute

¹ Come giustamente osserva F. GIARDINA, nel *Commento all'art. 1 del Codice civile*, nel *Commentario al codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, *Delle Persone*, a cura di A. BARBA, S. PAGLIANTINI, Torino, 2012, 1 ss., ove si legge che “Inopportuno appare ormai costruire qualunque generale riflessione dedicata all'uomo sull'istituto della capacità giuridica. Insoddisfacente appare il riferimento al momento della nascita come evento iniziale della vita umana per il diritto. Del tutto riduttivo, infine, appare il dettato del secondo comma che subordina i diritti del concepito all'evento della nascita”. Su questi punti si tornerà nel prosieguo del lavoro.

² Il riferimento è al disegno di legge n. 1151, contenente Delega al Governo per la revisione del codice civile, ma non più sviluppato. Significativi, comunque, sia il recepimento delle unioni civili (la cui disciplina rimane in ogni caso fuori dal Codice); sia la posizione dei diritti fondamentali come vincolo –suppongo di validità– degli accordi menzionati nella norma di delega. Su questo progetto si vedano i contributi raccolti nel volume *Materiali per una revisione del codice civile*, a cura di V. CUFFARO e A. GENTILI, Milano 2021, vol. I.

³ Nel senso in cui ne parla P.G. MONATERI, *Codice e corpo sovrano. Ripensando la storia delle codificazioni europee*, in *Codex*, 2019, vol. 25, n. 1, 1 ss., secondo il quale il Codice civile degli Stati moderni rappresenterebbe una “liturgia della visibilità della presenza sovrana (7), una “vicenda ontologica della sovranità”, motore centrale del diritto civile, pur nella diversità delle varie esperienze europee (20). A fronte del qual fenomeno, “Rifare un codice per apportarne alcune differenze tecniche, sia pure concernenti aspetti centrali come la causa dell'obbligazione, significa fare solo opera di legislazione ma non di codificazione in senso proprio” (21).

⁴ Dall'età, al sesso, alla razza, alle preferenze per una certa “famiglia”. Tutti elementi costruiti come base rilevante per un diritto



meritevoli di attenzione normativa in quanto tali o più spesso per talune preferenze o orientamenti soggettivi, o ancora in quanto alle prese con talune circostanze della vita decisive. Mi riferisco, ad esempio, al disegno di legge Zan (contro la discriminazione e la violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, ovvero sull'identità di genere e sulla disabilità)⁵; e alla legislazione sull'interruzione volontaria della gravidanza⁶, la cui tecnica normativa non intende creare “figure” di persone in assoluto (come potrebbe essere quella dell'immigrato o dell'anziano), ma vuole normare comportamenti o scelte specifiche, e però rilevanti dal punto di vista dello status di certe persone (nei casi esemplificati: chi ha un'identità di genere non corrispondente al sesso ufficiale, indipendentemente dall'aver concluso un percorso di transizione; ovvero le donne)⁷.

Contestualmente, altre normative, e questa volta penso al Regolamento europeo sui dati personali (esito attuale di un processo che ha visto emanato anche un Codice di settore), manifestano una postura maggiormente universalistica nel disegnare lo statuto generale della persona (di tutte le persone) di fronte all'impatto generalizzato e invasivo della tecnologia del trattamento e della circolazione dei dati personali. Una postura che si alimenta anche della rilevanza transnazionale della disciplina.

Per non dire del profluvio della normativa consumeristica, la quale esibisce la medesima vocazione sul mercato unico degli scambi commerciali, attraverso la crescente valorizzazione della persona del consumatore (persona fisica), esplicitamente concentrando l'attenzione normativa *sull'atto di consumo*, che come tale richiama sotto l'ombrello protettivo tutte le persone che lo compiono, quale che sia il loro statuto personale da altro punto di vista, o la loro condizione sociale o economica. Insomma, queste due normative ambiscono ad una dimensione universalistica della persona individuando un paradigma comportamentale idoneo ad essere generalizzato, per essere sia l'atto di consumo, che la diffusione di dati personali, comportamenti e circostanze sociali pervasivi e per così dire irrinunciabili nel mondo contemporaneo⁸.

di tutela e di rispetto da parte di tutti, che si riverberano però nella definizione dell'identità della persona, e della sua dimensione esistenziale. Anche su questi punti si tornerà nel prosieguo del lavoro.

⁵ Disegno di legge n. 2005/2020, contenente *Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità*, il quale introduce le controverse definizioni di “sesso”, “genere”, “orientamento sessuale” e “identità di genere”, con riferimento alle intersezioni – per dir così – tra il sesso biologico o anagrafico di una persona e le sue manifestazioni esteriori, o affettive, e/o le percezioni di sé eventualmente non corrispondenti al sesso o contrastanti con le aspettative sociali legate ad un certo sesso. Sul punto, M. PELISSERO, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, in *Diritto Penale e Processo*, 2020, 1017; R. BILOTTA, *La discriminazione come fenomeno sistemico: una sfida per il diritto civile*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2020, 1304.

⁶ Attualmente regolamentata dalla legge 194 del 1978, rispetto alla quale è ad oggi (ri)presentato il disegno di legge n. 165 del 2022, indirizzato alla Modifica dell'articolo 1 del codice civile in materia di riconoscimento della capacità giuridica del concepito, la cui attuazione – si legge nell'Atto parlamentare comunicato al Senato della Repubblica – “condurrebbe ad una applicazione della intera legge n. 194/1978 più coerente con l'intento di prevenire l'aborto volontario, in qualsiasi forma, legale o clandestino che sia”. È utile ricordare che il diritto all'aborto è stato negato dalla Corte suprema degli Stati Uniti in *Dobbs c. Jackson Women's Health Organization*, 24 giugno 2022, al link https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf, con un clamoroso *overruling* della sentenza *Roe c. Wade* del 1973. In argomento, vedi la sintesi a cura del Servizio studi della Corte costituzionale, al link https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni_corrente/Segnalazioni_1656319139349.pdf, ed il commento di S. DE VIDO, *Blessed the fruit. Un'analisi di genere della sentenza Dobbs della Corte suprema statunitense alla luce del diritto internazionale dei diritti umani*, in *SIDIblog*, 25 luglio 2022.

⁷ Un riferimento andrebbe fatto anche alla proposta di legge depositata il 13 ottobre 2022 alla Camera dei deputati, intesa alla reintroduzione della reclusione per i comportamenti – già depenalizzati – di cui all'art. 527 del codice penale sugli atti osceni in luogo pubblico; proposta sulla quale ovviamente il dibattito rimane aperto, salvo valutare l'esplicito riferimento – quale motivazione della reintroduzione del carcere – alla circostanza per la quale tali azioni oscene sarebbero talora “commesse da immigrati presenti a vario titolo sul territorio nazionale”.

⁸ Può essere utile notare che il più recente orientamento dell'UE nella materia, rappresentato dalla direttiva (UE) 2019/2161 del



Di qui una prima riflessione di ordine sistematico, seppur forse non di esito sistematico. Il panorama normativo attuale riflette tecniche e stili normativi differenziati, talvolta costruiti sul presupposto non solo semantico che della persona possa parlarsi “in quanto tale”, cioè in via ancora generale ed astratta e senza attenzione al suo status o al suo “fare qualcosa”⁹; altre volte costruiti sul presupposto opposto, e cioè sulla rilevanza di un atto (che sia quello del consumare, piuttosto che quello dell’interrompere la gravidanza), a sua volta riferibile ad una platea più o meno vasta di persone e dunque con una carica universalistica differente¹⁰. Senza dire della differente carica ideologica o (bio)politica che tale modo di normare rivela: pressoché nulla nel primo caso; estremamente sensibile nel secondo, e ciò indipendentemente dal fatto che sul piano tecnico il paradigma del consumatore includa uomini, donne, anziani, bambini, etc.; e quello della donna alle prese con la gravidanza escluda le persone degli uomini e dei padri.

Sulla elaborazione giuridica della persona in quanto tale, al singolare in quanto in astratto, si sono incardinate le opzioni critiche che hanno descritto l’evoluzione dei sistemi normativi occidentali dalla fase prettamente codicistica a quella costituzionale, tracciando gli *steps* evolutivi di questo percorso sulla originaria irrilevanza e poi sulla rilevanza della concreta sostanza socio-individuale di ciascuno, occultata nella prima fase, esaltata nella seconda. Voglio dire che quando si ripropone lo schema analitico – divenuto un classico – del *passaggio dal soggetto alla persona* (sempre al singolare)¹¹, il messaggio che si veicola viene articolato su un presunto irriducibile contrasto: quello tra la figura del soggetto *astratto* titolare di diritti e di obblighi per il semplice fatto di esistere; e quello della persona *concreta* proiettata nello sviluppo della sua personalità in una dimensione relazionale, attrezzata a tal fine di strumenti appropriati, quali la libertà di pensiero, di associazione, di religione etc.

La prima figura sarebbe l’individuo come “scheletro” della persona, anonimo e generale, elemento materiale necessario e sufficiente della fattispecie del soggetto di diritto; i cui diritti – attribuiti attraverso la sua capacità – costituiscono *assets* individuali esclusivi destinati a circoscrivere le sue azioni in un ambito egoistico e mercantile, che lo protegge da ingerenze esterne non autorizzate dal suo esplicito consenso. Il soggetto così istituito sarebbe oltretutto testimonianza di quella neutralità del diritto necessaria a sua volta a garantire l’uguaglianza davanti alla legge¹². Che poi questa scelta sia davvero espressione di una vocazione egalitaria

Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019, cosiddetta di “modernizzazione” delle norme di protezione di consumatori, all’art. 11 bis introduce rimedi individuali (dal risarcimento del danno alla riduzione del prezzo, etc.) a favore del singolo consumatore leso da pratiche commerciali scorrette. La novità sta nella sterzata prodotta rispetto alla logica di tutela di cui alla direttiva 2005/29/CE, la quale affidava la repressione delle pratiche scorrette all’Autorità antitrust, così mostrando di preferire una logica regolatoria e attenta alla dimensione massiva dei comportamenti dei professionisti, piuttosto che una logica individualistica alimentata da diritti di reazione ad iniziativa dei singoli. La legge delega italiana (art. 4 legge 4 agosto 2022, n. 127), e il relativo disegno di attuazione (art. 1, comma 7, lett. d, dello schema di decreto legislativo del dicembre 2022) presentano una riforma del Codice del consumo – art. 27, comma 15-bis – che poco o nulla innova rispetto alla norma comunitaria.

⁹ Ciò che invero può dirsi di tutti i “diritti” che non presuppongono una caratteristica o uno status particolari, che le Carte dei diritti fondamentali legano dunque alla persona nella sua dimensione esistenziale e al diritto di esprimere la sua personalità e di non essere discriminata per alcuna ragione (il “diritto di avere diritti”, si direbbe con S. Rodotà, Bari, 2012).

¹⁰ Non va dimenticato che, per quanto vasta e trasversale possa essere la platea dei consumatori, tuttavia la figura del consumatore nasce in una prospettiva conflittuale e antagonista rispetto a quella del professionista, il quale può essere considerato senz’altro consumatore se “consuma”, ma quando non lo fa, è destinatario dello statuto di obblighi imposti a protezione dei “diritti del consumatore”. Una doppiezza che non può offuscare la matrice concettuale della figura del consumatore, ritagliata nel contesto delle contraddizioni e asimmetrie del mercato e sempre con riferimento ai bisogni “personali” di chi consuma. Sulla figura del consumatore, e sulla sua evoluzione normativa, vedi adesso il contributo dal titolo evocante, di S. PAGLIANTINI, *Il consumatore “frastagliato”*, Pisa, 2021.

¹¹ È questo il titolo del volumetto di S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, in parte confluito nella summa del suo pensiero personalistico, *Il diritto di avere diritti*, cit., 140.

¹² In tal senso andrebbe letto lo stesso art. 1 del codice civile italiano, che esprime questa concezione della persona fisica attraverso



e neutrale del diritto, piuttosto che di una opzione ideologica, è tutto da dimostrare, se ha davvero ragione chi scrive che “Nonostante l'apparente veste di ‘purezza’ concettuale, l'istituto della capacità giuridica rappresenta un raffinato strumento di possibile selezione dei soggetti di diritto”, se non addirittura “un forte strumento di discriminazione”¹³; e se è vero che, separata dalla soggettività, la capacità si presta ad escludere dal traffico giuridico una serie di soggetti (o di persone), ai quali la legge decide di impedire il compimento di certi atti giuridici: dai “bambini”, ai “matti”, ai “prodighi”, agli “ubriachi”, alle “donne maritate” (almeno fino ad un certo momento storico), esemplari umani non ritenuti capaci di un utilizzo ottimale (nel senso di razionale, consapevole, efficiente) della loro capacità¹⁴.

La seconda figura per contro vestirebbe lo scheletro dei suoi muscoli, della carne e della pelle, per un verso facendo emergere le differenze delle condizioni di esistenza e di vita dei singoli; per altro verso mitigando la dimensione egoistica individuale del soggetto astratto attraverso l'apertura alla dimensione socio-relazionale della vita e della esperienza, per mezzo della quale il soggetto diventa *persona* che realizza la sua libertà esplicando la sua *personalità* in tutti i contesti sociali e relazionali che gli si offrono. Con ciò realizzandosi altresì il percorso della progressiva prevalenza dell'*essere* sull'*avere*¹⁵. Un processo che è ancora in corso di svolgimento e che cercheremo nel prosieguo di decifrare in tutte le sue componenti.

Questa narrazione, invero, pur del tutto appropriata quando si propone di spiegare il processo istitutivo della soggettività astratta, finisce a sua volta per celarne la complessità, laddove dispone i vari passaggi normativi in una chiave meramente antagonista, sottovalutando gli aspetti di continuità a favore di quelli di discontinuità.

La costruzione del soggetto astratto, infatti, pur nel suo realistico porre la persona nel tipico significato di “maschera”, o artefatto semantico, e nel suo disporsi quale suggestivo supporto concettuale delle letture del soggetto di diritto in chiave di disumanizzazione e di separazione tra diritto e vita, non può essere intesa esclusivamente in questa prospettiva¹⁶. In tal modo ingiustamente si occulta il valore emancipatorio che il concetto di soggetto di diritto e la sua astrattezza hanno avuto nel processo di superamento del modello feu-

so un attributo che ne è la duplicazione: la qualità della capacità giuridica, e poi della capacità di agire, ad indicare il meccanismo necessario dell'attribuzione/imputazione dei diritti e delle posizioni individuali ai singoli. Si direbbe dunque che il codice voglia rappresentare un *fenomeno di teoria generale*, costruendo la figura del soggetto di diritto legata alla titolarità e poi all'esercizio di diritti e obblighi.

¹³ F. BUSNELLI, *Il diritto delle persone*, in *I cinquant'anni del codice civile*, Milano, 1993, e ora in *Persona e famiglia*, Pisa, 2017, 20; già ripreso da F. GIARDINA, *Commento all'art. 1*, cit., 14.

¹⁴ In tal senso si veda il bel saggio di M.R. MARELLA, *Antropologia del soggetto di diritto. Note sulle trasformazioni di una categoria giuridica*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2021, 71, 80 ss., secondo la quale si svela in tal modo il carattere ideologico del presunto universalismo del soggetto di diritto, e con esso l'archetipo che vi sta dietro: quello dell'uomo bianco, adulto, sano di mente, proprietario, e possibilmente coniugato. Analogamente, R.M. NUNEZ, *Il soggetto di diritto: premesse per un dibattito*, in *Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, a cura di F. BILOTTA, F. RAIMONDI, Napoli, 2020, 14.

¹⁵ G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 829 ss.; e soprattutto G. MARINI, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 359, 369 ss., sul presupposto, difficilmente non condivisibile, che la prospettiva prevalente della soggettività astratta fosse quella patrimoniale, proprietaria, prettamente mercantile, come tale realmente unificante nel contesto del codice civile, ancorché foriera – come si diceva – di meccanismi di esclusione dei soggetti che in questa dimensione non si riteneva potessero contribuire al benessere sociale.

¹⁶ Rinviamo al proposito a G. CIANFEROTTI, *Considerazioni sulla sineddoche della persona nella filosofia italiana e sul dualismo tra soggetto e persona nella civilistica del secondo Novecento*, in *Riv. tri. dir. proc. civ.*, 2015, 749 ss., che usa tale figura retorica per rappresentare e contestare la narrazione proposta da Roberto Esposito (*Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Torino, 2007) intesa ad ascrivere proprio al concetto di “persona” lo scarto tra uomo e cittadino, diritto e vita, anima e corpo, che connota dalle origini la nostra tradizione. Il saggio ripercorre gli aspetti filologici del termine, ma soprattutto quelli riconducibili alla storiografia giuridica, e alla capacità della scienza giuridica civilistica di introiettare proprio attraverso il concetto di persona i valori della dignità e la cultura dei diritti fondamentali.



dale classista e della costituzione dello stato di diritto, per essere allora come ora punto di caduta dell'attribuzione di diritti soggettivi omogenei e uguali per tutti. Dunque presidio della *legge uguale per tutti* e atto di nascita del diritto privato moderno, ineliminabile canale unico di accesso alla titolarità di tutti i diritti. Solo a partire dal giusto riconoscimento in capo alla figura del soggetto astratto del compito storico di aver eliminato la subordinazione personale dai dispositivi premoderni del legame sociale, può poi mettersi in atto l'altrettanto giusto e necessario punto di vista critico dei processi di giuridificazione della persona. Tale critica avrà il compito di disvelare le nuove forme di subordinazione, di disuguaglianza o di esclusione messe in atto dalla tecnica del soggetto astratto e della uguaglianza davanti alla legge. Nella consapevolezza della ineliminabile doppiezza del diritto moderno, in ragione della quale esso per un verso è strumento di libertà ed emancipazione, in grado di assecondare le esigenze di cambiamento che muovono la società in un certo momento storico; ma per altro verso così facendo mette in atto operazioni conformative e distributive del potere e della ricchezza, costruisce figure, status e forse anche gabbie, in quanto –come efficacemente scrive Giovanni Marini– “è invischiato nel potere”¹⁷.

Di qui il percorso incessante, mai lineare e sempre contraddittorio del diritto e dei diritti delle PERSONE, nel quale ogni tappa è superamento ma non negazione della precedente; è additiva cioè di strumenti nuovi che si stratificano sui precedenti, che risolvono contraddizioni divenute insostenibili, seppur contemporaneamente si candidino ad aprirne altre¹⁸.

Sta tutta qui, e non è poco, la difficoltà di costruire la giuridificazione della persona secondo un indirizzo sistematico, e cioè la difficoltà di codificare la persona assumendo un modello unitario: ciò che avrebbe in primo luogo un inaccettabile effetto di semplificazione della realtà dei rapporti nei quali l'umanità si trova immersa o invischiata; ma soprattutto un altrettanto inaccettabile effetto di riduzione della tutela che il diritto privato è chiamato ad offrire in base ai valori di civiltà che ha scelto di veicolare e alle differenze che ha scelto di valorizzare¹⁹. Sta tutta qui, in altre parole, la carica euristica della pluralizzazione della persona, e della frantumazione dell'originaria vocazione universalistica del soggetto astratto in una molteplicità di modelli personali trasversali. Cogliere questi processi nel loro intersecarsi e sovrapporsi reciproco è essenziale per comprendere la dialettica tra generale e particolare, e cioè il periodico sovrapporsi e alternarsi ora di mo-

¹⁷ G. MARINI, *La giuridificazione della persona*, cit., 364. Pur con questa consapevolezza, l'A. non rinuncia alla fiducia nel diritto privato, e nelle categorie giuridiche, quali dispositivi capaci di proiettare ideali democratici nella sfera privata, e porre argini al tempo stesso all'invasione dei poteri – del mercato, come della tecnica – che minacciano di colonizzare l'esistenza umana.

¹⁸ In tal senso, non sembra possibile immaginare la fine del soggetto di diritto come dispositivo di accesso alla titolarità dei diritti. Se ne può e se ne deve predicare la fine quale *unica* possibile rappresentazione dell'uomo nella scena del diritto contemporaneo, ma non si può pensare di far emergere le persone su questa scena in assenza di un dispositivo generale di accesso al mondo del diritto, il quale soltanto permette poi di attribuire giuridica rilevanza alle forme della loro esistenza, in chiave di libertà e dignità. Ed è forse in tal senso che può intendersi la provocatoria espressione riferita da F.D. BUSNELLI, *Ai confini della soggettività*, in *Persona e famiglia*, cit. 53, allorché propone di ripensare “il soggetto come fattispecie della persona”. È fin troppo chiara l'evocazione del celebre volume di A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, ed in questa prospettiva l'espressione sembra in grado di restituire il processo di emersione della persona dal soggetto come processo che lascia connessi e inseparabili i due termini. Mentre sembra radicale l'incipit di M.R. MARELLA, *Antropologia del soggetto di diritto*, cit., 72 ss., secondo la quale la vicenda del soggetto di diritto sia giunta al termine, almeno – precisa subito l'A. – quanto al significato e alla funzione che ne hanno contrassegnato la vigenza nel diritto moderno. La stessa A. peraltro si affretta poi ad aggiungere che ancora oggi diversi fenomeni sollecitano di avvalersi proprio della soggettività giuridica, quale dispositivo giuridico idoneo a dare voce ai più disparati interessi emergenti da fenomeni sociali di particolare impatto sulla società e sulle condizioni di vita (dalla rivoluzione digitale, piuttosto che dai cambiamenti climatici).

¹⁹ Come vedremo, attraverso la Costituzione e le Carte dei diritti.



delli normativi che partono dalle differenze per costruire figure di identità plurali; ora di altri modelli che esprimono –contestualmente e a dispetto della frantumazione – variegata aspirazioni universalistiche²⁰.

Ed è questo, alla fine, il modo nel quale la complessità dei ruoli trasversali della società moderna si esprime storicamente sul piano della regolazione normativa dell'esistenza umana²¹.

3. – Il cosiddetto passaggio *dal soggetto alla persona*, incarnato in primis nei diversi modelli del Codice civile e della Costituzione, non dà luogo dunque al superamento della soggettività come tecnica di attribuzione dei diritti individuali, piuttosto veicola un diverso modello antropologico, che si affianca al primo. Deastrattizza il soggetto come fattispecie e fa esplodere il dato “umano” occultato dal mero attributo della capacità, in tutta la sua complessità.

Si fronteggiano così il modello individualistico dell'uomo borghese proprietario, mercante e produttore, capofamiglia, padre/marito padrone, messo in forma dal soggetto astratto “capace di agire”; ed insieme il modello dell'uomo sociale che costruisce la sua personalità nella dimensione partecipativa e relazionale: nelle società intermedie e nella società politica in generale. I primi 4 articoli della Costituzione, già nel proclamare la Repubblica *fondata sul lavoro*, spostano l'attenzione su una figura che “svolge la sua personalità” nel contesto sociale del suo “lavoro”, e sotto l'egida non più dell'egoismo proprietario ma della solidarietà politica economica e sociale, alla stregua della quale sono peraltro riconosciuti i diritti inviolabili (art.2)²².

E così, come il diritto liberale aveva liberato l'individuo dalla soggezione personale e dagli status feudali, per proiettarlo nei dispositivi di connessione tipici della società borghese, sostanzialmente il mercato (sul piano economico-sociale) e la famiglia fondata sul matrimonio (sul piano esistenziale); alla stessa maniera il nuovo diritto “sociale” apre un lento processo di correzione se non di scardinamento di tali dispositivi, dando avvio ad una nuova stagione di diritti intesi a liberare l'identità delle persone dalle “gabbie” e dai condizionamenti in tal modo istituite²³.

²⁰ Ricostruisce storicamente questo processo, anche per bocca della dottrina tedesca dell'800, G. ALPA, *Alle origini dei diritti della personalità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2021, 671.

²¹ Coglie profondamente la problematica qui rappresentata il recente volume di A. LA SPINA, *Complessità e identità personale*, Napoli 2022, della cui indagine giova richiamare in questa sede l'impostazione, alla stregua della quale l'identità della persona è prospettata come struttura complessa e al tempo stesso come processo, o narrazione, atteso che la stessa trae gli elementi della propria definizione dal complesso delle relazioni e dei comportamenti che la persona tiene nel contesto sociale. In tal senso l'identità si articola in frammenti che svolgono una duplice funzione, identificativa e identitaria, e in tal senso ancora si articola la protezione giuridica. Ciò che appunto si tenterà di comprendere nel presente lavoro.

²² Sul principio lavoristico nella Costituzione e sulla sua rilevanza come diritto fondamentale della persona, e tramite imprescindibile per l'affermazione della sua personalità, supremo criterio valutativo, vedi adesso G. CAZZETTA, *Il lavoro nella Costituzione: pluralismo sociale e unità dell'ordinamento in Costantino Mortati*, in *Quaderni fiorentini*, n. 22, 2022, 237, 240, 252 ss.

²³ Ciò che nel testo si vuol rappresentare, sotto la specola del diritto delle persone, è la connessione sussistente tra il diritto del mercato e il diritto di famiglia (e delle successioni), pur se questi due settori dell'ordinamento sono spesso descritti come agli antipodi l'uno dell'altro. Il primo in quanto mondo degli affari tipicamente patrimoniale, e il secondo in quanto mondo degli affetti tipicamente non patrimoniale. Questa sistemazione occulta quei nessi che invece qui si vogliono portare alla luce. Perché se è vero che nella famiglia si concentrano anche le componenti affettive personali dei rapporti sociali, non è vero che tutto questo non abbia un valore patrimoniale e non sia direttamente legato alla permanenza di un certo modello mercantile. Per sostenere il contrario occorrerebbe negare la rilevanza patrimoniale del lavoro femminile e di tutti i componenti della famiglia che non sono “impiegati” sul mercato, ma le cui prestazioni contribuiscono senza contropartita al bilancio familiare; e occorrerebbe negare che l'evoluzione della famiglia sia passata attraverso la liberazione di questi “soggetti” dal gioco familiare ed il loro ingresso nel mercato del lavoro; così come bisognerebbe negare la conseguente “mercattizzazione” delle funzioni di cura domestica e di accudimento dei soggetti fragili della famiglia, dai figli minori, agli anziani, ai malati, prima svolte gratuitamente all'interno della famiglia stessa, e poi decisamente contrattualizza-



Sono due i canali lungo i quali il processo si articola. In primis, l'attribuzione aggiuntiva di quei diritti sociali che colmano l'incapacità dei diritti individuali classici di rimuovere le disuguaglianze di fatto che si frappongono alla partecipazione di tutti i lavoratori alla vita politica sociale ed economica del paese. E contestualmente la ridefinizione dei ruoli familiari, nella direzione sinteticamente definita della "privatizzazione" della famiglia²⁴, e della valorizzazione delle identità attraverso il riconoscimento della pluralità dei modelli familiari²⁵.

Nel gioco semantico dell'uguaglianza, quella sostanziale si realizza solo attraverso l'introduzione di disuguaglianze formali. Il diritto delle persone è diritto diseguale, e il principio che guida la disuguaglianza formale è adesso il principio di solidarietà²⁶.

Occupiamoci prioritariamente della prima prospettiva, rispetto alla quale è forse utile proporre un distinguo.

La valorizzazione costituzionale del modello antropologico del lavoratore rispetto a quello del borghese proprietario esige che si attribuisca rilevanza alla concretezza della condizione umana occultata dal soggetto astratto di diritto; ma non fa ancora emergere del tutto le persone nella loro dimensione propriamente esistenziale, perché privilegia la cifra dell'eguaglianza sostanziale sì, ma economica e sociale. Questa cifra viene in luce, dunque, come motore delle nuove *persone economiche*, facendo avanzare quelle più deboli in quanto economicamente subordinate. A parte i lavoratori subordinati, che occupano la scena principale, avanzano le varie figure disegnate in quella che si chiamava una volta legislazione speciale. Gli affittuari di fondi rustici, i coltivatori diretti, i piccoli imprenditori o gli imprenditori agrari, i locatari di immobili urbani, i non proprietari di fondi o di case, e tutte le altre figure di lavoratori, sono ora muniti di una nuova ed esclusiva *tools box*, una cassetta di diritti, idonea ad amministrare il conflitto nel quale si trovano coinvolti. Essi non sono solo contraenti o parti di un rapporto giuridico, sono in primo luogo persone concretamente connotate da una condizione economica o sociale, e solo *dopo*, e in relazione a ciò, indossano la maschera del debitore, del creditore, del titolare del diritto di godimento e così via²⁷.

te. Ciò che la letteratura definisce con un altro slogan suggestivo, quello del passaggio dallo *status* al contratto, ovvero della cosiddetta privatizzazione della famiglia. Per questi aspetti, resta importante la ricostruzione di D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 137; ma si veda anche A.M. BENEDETTI, *Troppe riforme per un diritto in crisi? La famiglia nell'età del pluralismo complesso*, in U. SALANITRO (a cura di), *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, Pisa, 2020, 403, 411; M. PARADISO, *I rapporti personali nelle relazioni di coppia dopo la stagione delle riforme*, in U. SALANITRO (a cura di), *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, Pisa, 2019, 201, 207 ss.

²⁴ Alcuni aspetti del processo sono sintetizzati da C. CARICATO, *La privatizzazione del diritto di famiglia*, Pisa, 2020; più ampiamente A. SPADAFORA, *Diritto della famiglia ed effettività*, Milano, 2022; cui addde E. BIVONA, *Gli accordi personali tra coniugi nella famiglia del ventunesimo secolo*, in U. SALANITRO (a cura di), *Quale diritto di famiglia*, cit., 181; E. BARGELLI, *Divorzio "privato" e prospettive dell'autonomia negoziale*, *ivi*, 363.

²⁵ F.D. BUSNELLI, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 767; ma già ID., *La famiglia e l'arcipelago familiare*, *ivi*, 2002, 509; e da ultimo, ID., *Per un'ermeneutica della famiglia moderna: l'idea del "rammendo"*, in U. SALANITRO (a cura di), *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, cit., 155.

²⁶ Ricostruisce lucidamente questo processo M.R. MARELLA, *Antropologia del soggetto di diritto*, cit., 78 ss., articolando le riflessioni sullo schema proposto da Duncan Kennedy in uno studio sulle diverse fasi di globalizzazione del diritto. Ma rinviando di nuovo a S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, cit., *passim*; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 47; C. MAZZÙ, *Riflessioni sullo status tra passato e futuro*, in *Riv. notariato*, 2009, 1135. Sul principio di solidarietà vedi sempre S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Bari, 2014, e ora G. ALPA, *Solidarietà. Un principio normativo*, Bologna 2022.

²⁷ Ciò che si vuol descrivere, invero, è il nuovo scenario dei diritti attribuiti a tali categorie di contraenti in quanto concrete persone ritenute meritevoli di una tutela intesa a colmare un gap economico, e senza la quale il bisogno all'acquisizione del quale la tutela è rivolta, resterebbe insoddisfatto. È questa la prospettiva che contraddistingue la ricerca civilistica negli anni nei quali la legislazione di tutela che abbiamo richiamato è emersa in tutta la sua portata eversiva del diritto civile classico. Una compiuta rappresentazione di questa cultura si trova nel volume a cura di N. LIPARI, *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Bari, 1974, in particolare



Contestualmente, inoltre, l'irruzione della persona nella scena astratta disegnata dal soggetto di diritto emerge nella Costituzione anche sul piano sociale, laddove essa valorizza proprio sotto la specola della persona la dimensione relazionale del soggetto, come mezzo di sviluppo della sua personalità. Diversamente dalla logica del codice, dove associazioni, fondazioni e società si lasciano guardare come altri soggetti di diritto "capaci" di muoversi nel mercato acquistando la titolarità diritti e obblighi; gli stessi soggetti riappaiono in Costituzione quali "comunità intermedie", luoghi nei quali il singolo può elettivamente sviluppare la sua personalità non in via autoreferenziale, ma intrecciando relazioni sociali. Associazioni, partiti politici e sindacati, ma anche scuole, confessioni religiose, istituzioni culturali e perché no le autonomie locali, si aprono alle libertà dell'individuo, che ha il diritto di parteciparvi, ed esaltano la sua persona, nella sua dimensione relazionale e nella conseguente definizione di un tratto identitario²⁸. In ragione di ciò, gli enti intermedi si sganciano definitivamente dalle vecchie logiche corporative e gerarchiche ed assumono, anche al loro interno, carattere prettamente liberale e democratico²⁹.

Vi è su questo piano una singolare combinazione delle tecniche giuridiche che contribuiscono alla costruzione della persona. Per un verso, le libertà e i diritti costituzionali esibiscono una necessaria vocazione universale, ed evocano per questo verso l'operare tradizionale del principio di uguaglianza nella generale ed astratta attribuzione a *chiunque* di poteri e facoltà. Per altro verso, nel momento in cui si dispongono quali strumenti destinati a liberare e valorizzare le concrete personalità dell'individuo, essi smentiscono l'astrattezza del soggetto – che tali concrete personalità considera irrilevanti – e istituiscono il germe del pluralismo delle identità, sintesi delle opinioni sociali e politiche, delle fedi religiose e delle libere opzioni nella morale, nella ricerca scientifica e nelle arti. Pezzi di identità di cui il singolo è autore e "padrone", che istituiscono a suo vantaggio una sfera privata del tutto intangibile da parte dei terzi. Il percorso dal soggetto alla persona si articola così dall'io al tu, al noi, attraverso la costruzione di una sfera esistenziale relazionale, cooperativa e non egoistica, cui l'ordinamento è disponibile ad accordare protezione.

Già queste frammentazioni restituiscono uno scenario pluralistico di interesse sistematico, ma anche dogmatico, perché la dimensione della persona nei contesti individuati chiama in causa la tenuta di uno dei concetti fondativi del diritto civile classico, quello di *capacità*, tutto costruito intorno alla posizione del soggetto di fronte all'ordinamento, in quanto destinatario di effetti giuridici e in grado di determinare l'applicazione delle norme e la produzione dei relativi effetti con il proprio comportamento³⁰. In questa prospettiva, la capacità finisce per circoscrivere l'identità della persona semplicemente al suo essere elemento necessario della fenomenologia giuridica, e perciò altrettanto semplicemente *identificabile*, come tutte le persone, in base al nome, al sesso per come trascritto e all'immagine.

l'omonimo contributo introduttivo di P. BARCELLONA e N. LIPARI, 3; e poi i contributi di AA.VV., *Sistema creditizio e destinazione sociale del sovrappiù*, 98; *La casa come servizio sociale*, 150; L. V. MOSCARINI, *Mistificazione giuridica e interessi reali del lavoratore: un'ipotesi limite*, 481. Una rilettura di questa fase è proposta nel volume a cura di L. NIVARRA, *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008, del quale particolarmente espressiva dell'approccio che si si propone in questo contributo è la parte III, significativamente intitolata *I soggetti antagonisti*, 315 ss.

²⁸ In tal senso, vedi le riflessioni di M. ROSBOCH, *Le prerogative della persona all'interno delle comunità intermedie: alcuni spunti*, in *Fundamental rights*, 2021, 84. Necessario il rinvio, per tutti, P. RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, III (1988-1999), Padova, 1999; R. CAVALLO PERIN, *il contributo italiano alla libertà di scienza nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Dir. amm.*, 2021, 587.

²⁹ E. TUCCARI, *La disciplina democratica delle associazioni non riconosciute tra codice del terzo settore e codice civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 438.

³⁰ Per tutti, A. FALZEA, *Capacità*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, Milano, 1997, 237, 252 ss.



Viceversa, l'irruzione dell'identità come risultato della dimensione relazionale della persona sottrae alla capacità quel primato identificativo di cui essa godeva e vi affianca il concetto di personalità, che sintetizza in tutt'altra dimensione il percorso verso altre generazioni di diritti, diversi da quelli legati alla partecipazione al traffico giuridico, disponendosi ad accogliere e a rappresentare una nuova complessità³¹.

Ma non è ancora tutto. Come si accennava, il personalismo al quale stiamo facendo riferimento non si è ancora del tutto esteso alla dimensione esistenziale. Deve compiersi a tal fine il secondo processo di liberazione, quello di apertura delle altre gabbie esistenziali istituite dal diritto liberale, a cui la politica sociale redistributiva o relazionale non è ancora in grado di arrivare.

4. – L'attenzione va dunque spostata agli effetti performanti della persona indotti – come si accennava – dal modello della famiglia tradizionale. Il processo evolutivo è qui più delicato.

Non bisogna dimenticare infatti che nella famiglia si concentrano molte se non tutte le dinamiche (esperienziali e formali) concernenti l'identità individuale, e che nelle pieghe dei rapporti coniugali, parentali, con e tra i figli, si consumano modelli esistenziali che incidono profondamente sul processo di formazione della personalità, sulla possibilità stessa di "diventare persone". Si vuol dire, "persone" dotate non tanto di diritti soggettivi o sociali previsti dalla legge, quanto di quel generale diritto all'autodeterminazione sulla propria vita e sulla propria esistenza che non coincide affatto con la libertà negoziale e nemmeno con l'asset dei diritti soggettivi patrimoniali, tradizionale corredo del soggetto di diritto, o dei diritti sociali e relazionali³².

Del resto la copiosa e intelligente letteratura sul diritto di famiglia ha da tempo messo in evidenza lo stretto collegamento che corre tra l'adozione – o meno – di un certo modello familiare, specie se coincidente con quello tradizionale fondato sul matrimonio e certamente oggetto di preferenza nel nostro ordinamento³³ e la

³¹ In tal senso, e nella prospettiva di un trascorrere dell'ordinamento dall'esigenza di mera razionalità del traffico giuridico alla regolazione della complessità dell'individuo, ancora F. GIARDINA, *Capacità*, cit., 22, laddove osserva che, a seguito del percorso descritto, "Non è più possibile immaginare un unico, uniforme individuo, indistintamente idoneo ad essere titolare di diritti ed obblighi. In suo luogo, il diritto assume a punto di riferimento la molteplicità delle identità dell'uomo, degne di essere rispettate nelle diverse immagini che pongono".

³² Qui il discorso sulla persona si lega quasi fino a coincidere con la narrazione delle diverse generazioni dei diritti, ciascuna delle quali esprime una fase del processo di giuridificazione della persona. Lo diciamo con le parole di G. MARINI, *La giuridificazione della persona*, cit., 366: la prima propone staticamente "come modello dominante il paradigma proprietario", la seconda, dinamica, vede il suo fulcro "nel pieno sviluppo della persona, realizzato attraverso la costruzione di relazioni sociali costitutive della propria identità". Laddove invece "La caratteristica fondamentale di questi diritti della terza generazione è costituita dall'ascesa al suo interno del potere di autodeterminazione soggettiva come potere di controllare le modalità di costruzione della propria identità personale". Tutte e tre le generazioni formano una sedimentazione complessa, nel contesto della quale ciascuna opera insieme con le altre. Ma soprattutto, "l'avvento della terza generazione dei diritti della persona riporta anche la dimensione del corpo al centro del sistema, ribaltando la prospettiva astratta del soggetto giuridico... Il corpo non appartiene all'individuo, ma è l'individuo stesso ... il substrato generatore della persona".

³³ Non si può non ricordare in questa sede il tema generato dalla previsione di cui all'art. 29 della Costituzione, il quale, pur nella sanzione del modello *matrimoniale* come modello familiare unico, dispone poi al comma 2 il principio d'ordine della parità morale e giuridica dei coniugi. Mentre l'art. 30 non riesce a superare la diversità tra figli nati all'interno e figli nati fuori del matrimonio, per stabilire al comma 3 un principio di tutela anche dei secondi "compatibilmente" con i diritti della famiglia legittima. Per questa problematica, e sul suo successivo superamento, si veda A. RUGGERI, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, in U. SALANITRO (a cura di), *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, cit., 61; e poi, nello stesso volume, F.D. BUSNELLI, *Per un'ermeneutica della famiglia moderna: l'idea del "rammendo"*, cit., 155. Osserva M.R. MARELLA, *Antropologia del soggetto*, cit., 79, che anche quando la cultura giuridica classica presentava, a partire dalla seconda metà del XIX secolo, la soggettività come pura astrazione giuridica e il soggetto come mera fattispecie, ciò non poteva predicarsi della famiglia, nella quale "i soggetti non sono né indifferenti al genere né pari ordinati, essendo invece dal diritto gerarchica-



possibilità di effettivo esercizio del diritto di esprimere liberamente la propria personalità *anche fuori da questo schema*. Laddove con chiarezza la carta di Nizza stabilisce una serie di “diritti” la cui ragionevole combinazione apre la strada ad una personalizzazione pluralistica di ciascun soggetto nella organizzazione della propria esistenza, al riparo da ingerenze e discriminazioni provenienti dall’esterno, ma anche dall’interno dei propri nuclei originari di appartenenza, in primis dalle famiglie³⁴.

Come si accennava, questa forma di personalismo marca una differenza concettuale e formale dal personalismo attuato attraverso i diritti sociali. E seppur non possa negarsi che le “figure” istituite attraverso l’introduzione dei diritti sociali esplicitassero una tecnica normativa attenta anche ai profili strettamente personali del benessere che si voleva garantire, non si può nemmeno negare che questa tecnica trovasse la sua ratio anche nella necessità di allargare la platea dei soggetti di mercato, correggendo i meccanismi di distribuzione e stabilizzando le funzioni di produzione e consumo³⁵. Le *persone* dei lavoratori, dei piccoli proprietari, dei locatari, individuate in ragione di un concreto rapporto giuridico per la concreta posizione sociale rivestita, modificano profondamente il modello antropologico sottostante al soggetto anonimo di diritto, mettendo sulla scena persone differenti e differentemente trattate in ragione di un concreto *bisogno economico*, ma tutte quante comunque candidate a varcare da protagonisti le porte di accesso al mercato e ad esserne *incluse*³⁶.

Ma il personalismo esistenziale è altra cosa, e si aggiunge, ancora una volta senza sovrapporsi, al personalismo dei bisogni sociali. Da questo punto di vista, l’universalismo da infrangere non è più quello generato dalle disuguaglianze e dai fallimenti connessi alla astratta libertà di mercato, quanto piuttosto quello indotto dalle convenzioni sociali. O meglio da quelle convenzioni sociali portatrici di un’etica – di un modello di vita – sulla quale la laicità proclamata del diritto moderno non riesce a prevalere. Insomma, la questione del fascio di poteri e diritti inclusi nel cosiddetto diritto all’autodeterminazione della propria esistenza *anche fuori degli schemi dominanti* si atteggia come una questione sistemica, attinente alla capacità del sistema giuridico di amministrare le complesse interferenze tra etica sociale e scelte individuali senza coartare né l’una né le altre.

In questa complessità, prende corpo il tema (di quella generazione) dei diritti della personalità connessi al genere, agli orientamenti sessuali, alla razza, alla diversità religiosa e culturale, alla scelta del modello di vita familiare e della maternità, alle scelte di vita e di morte; come pure ai diritti legati all’età, alla salu-

mente organizzati all’interno della istituzione familiare secondo una ferrea logica patriarcale (il marito/padre è il capofamiglia, gerarchicamente sovraordinato agli altri membri) e organicista (la famiglia è un organismo in sé e gli interessi della famiglia prevalgono su quelli dei suoi componenti)”. Ciò che appare innegabile, e attribuisce fondamento alle riflessioni che qui si propongono.

³⁴ G. HOHLOCH, *La protezione della vita familiare nella CEDU e nella Carta dell’UE*, in U. SALANITRO, *Il sistema del diritto di famiglia*, cit. 95; G. Marini, *Diritto alla privacy*, nel *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, vol. *Delle persone*, a cura di A. BARBA e S. PAGLIANTINI, Torino, 2013, 199, 203 ss.

³⁵ Quelle indicate rappresentano le categorie dei cosiddetti “soggetti deboli”, destinatari di normative di riequilibrio funzionali ad eliminare e/o compensare storture strutturali e asimmetrie del mercato, sin da quando la dottrina ha preso atto del tema della contrattazione standardizzata, e fino ad oggi, a fronte degli squilibri macroscopici indotti dall’economia digitale. Anche all’interno di tali categorie non vi è dunque totale omogeneità, come si è cercato di argomentare in C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell’autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2008, 831, e ID., *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in questa *Rivista*, 2021, 870.

³⁶ È questa un’idea portante del pensiero di M.R. MARELLA, *Antropologia del soggetto*, cit., 78, 92 ss., con riferimento, invero, a tutti i modelli di soggettività veicolati nelle diverse fasi del diritto moderno, dal soggetto di diritto astratto, al soggetto “lavoratore”, al soggetto “consumatore”, fino al soggetto frammentato in identità molteplici della contemporaneità, specie quando il genere e l’orientamento sessuale sono assunti all’interno del discorso neoliberale. Così in M.R. MARELLA, *Teoria queer e analisi giuridica*, in M. PELISSERO e A. VERCELLONE (a cura di), *Diritto e persone LGBTQI+*, Torino, 2022, 37 ss. Ma su questo specifico aspetto, vedi oltre nel testo.



te e alla disabilità, al corpo fisico³⁷; insomma a tutte quelle condizioni dell'identità personale occultate dalla maschera della soggettività astratta e poi espulse fuori da questo guscio in ragione del progressivo avanzare di quella che chiamiamo per comodità cultura dei diritti³⁸, ovvero con termine più complesso ed evocante, biodiritto³⁹.

Dal punto di vista normativo, cioè della costruzione giuridica della persona, questo tema presenta non poche difficoltà. Come si costruiscono questi diritti, e soprattutto, come si proteggono – sul piano della effettività – le scelte esistenziali personali compiute nel nome di questi diritti? Quali modelli e strumenti normativi sono idonei a governare la complessità indicata? Il problema scaturisce dal fatto che i diritti legati all'esercizio concreto dell'autodeterminazione non hanno sempre il contenuto di una pretesa ad una prestazione determinata che il titolare avanza nei confronti di un terzo (il soggetto pubblico, ad esempio), come si può invece predicare dei diritti sociali di seconda generazione. Ed infatti, se l'individuazione di categorie di persone in base alla condizione sociale, o al sesso, all'età, alla razza può indurre, come ha indotto, alla creazione di diritti connessi a tali qualità⁴⁰, il cui esercizio si rivolge ad ottenere un certo comportamento, non è sempre così per tutti i diritti di autodeterminazione. Qui non si fa questione di incanalare il diritto personale nella struttura binaria del rapporto obbligatorio: il contenuto dei diritti di cui parliamo si esprime piuttosto nella pretesa di non essere discriminati in ragione di quella scelta; ovvero di poter esercitare quel diritto in uno spazio appropriato, il quale – questa volta sì – deve essere reso disponibile e regolato dall'ordinamento. Insomma, ad evitare che la dichiarazione dei diritti si esaurisca nella mera declamazione, ciò che si chiede in punto di effettività è l'istituzione di uno spazio *riservato* di libero esercizio della propria identità così come da ciascuno scelta o percepita, garantito dall'altrui interferenza ostativa, in qualunque forma realizzata. Nella letteratura angloamericana si fa uso del concetto di “*penumbra*”, per indicare l'individuazione di uno spazio allargato di privacy, che non contiene solo il tradizionale diritto alla riservatezza, ma tutti i diritti connessi al rispetto delle modalità espressive della propria autodeterminazione (fra queste, ad es., l'aborto come prerogativa femminile)⁴¹.

³⁷ G. MARINI, *La giuridificazione*, cit., 366; P. ZATTI, *Di là dal velo della persona fisica. Realtà del corpo e diritti “dell'uomo”*, in *Liber amicorum per Francesco Donato Busnelli*, Milano, 2008, II, 121; C.M. MAZZONI, *Il corpo nascosto dei giuristi*, ivi, I, 265; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 341.

³⁸ F.D. BUSNELLI, *Ai confini della soggettività*, cit., 55 ss., parla di soggettività per *specificazione, rifrazione, prefigurazione*, riferendosi, rispettivamente, ai soggetti deboli (anziani, disabili, etc.); alle identità multiple che ciascuno si crea, o che si trova ad avere, sul presupposto che l'identità sia strutturalmente ambigua e instabile; al concepito; ma vedi R. FORNASARI, *Il soggetto di diritto frammentato*, in F. BILOTTA e F. RAIMONDI (a cura di), *Il soggetto di diritto*, cit., 19.

³⁹ Doveroso il rinvio al *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI, I, *Il governo del corpo*, Milano, 2011; cui adde S. AMATO, *Biodiritto 4.0. Intelligenza artificiale e nuove tecnologie*, Torino, 2020; e la sintesi utilissima di E. PALMERINI, *Le frontiere del biodiritto*, in *Liber amicorum*, cit., I, 275.

⁴⁰ La categoria non solo giuridica della *vulnerabilità* – più che della debolezza – è utilizzata oggi per comprendere sotto un unico concetto più generale figure di persone per le quali il sistema sociale complessivamente inteso non riesce a garantire chance adeguate di esistenza libera e dignitosa, o di accesso alle opportunità sociali di sviluppo. Qui si collocano tutte le politiche di genere, come quelle intese all'inclusione degli anziani, o alla valorizzazione dei minori, o alla “non discriminazione” dello straniero per ragioni di razza o provenienza. Inutile dire che si evoca un insieme di norme assai complesso: una sintesi nel volume di P.E. CORRIAS, E. PIRAS (a cura di), *I soggetti vulnerabili nell'economia, nel diritto e nelle istituzioni*, Napoli, 2021; e nel contributo di P.E. CORRIAS, *Il mercato come risorsa della persona vulnerabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 968; una sintetica impostazione critica del problema in A. AMENDOLA e M.R. MARELLA, *Editoriale*, al n. 1 della *Riv. crit. dir. priv.*, 2022, 3, ancora sul tema della pluralizzazione delle identità e frammentazione della soggettività.

⁴¹ L'utilizzo di questa figura ‘astronomica’ è sinteticamente tratteggiato nel contributo di G. VIGGIANI, *Il penumbral reasoning nella giurisprudenza nordamericana*, in *Jura Gentium*, 2017, 2, 63, per rappresentare l'idea, portata avanti nel celebre caso *Griswold v. Connecticut* (1965), che nella zona grigia, in tal senso nella penombra, dei diritti garantiti dalla Costituzione si collochi un *fundamental right to privacy*, un *general right* dotato di capacità espansiva, che include una libertà di scelta nelle decisioni sulla propria



Nel nostro ordinamento, il percorso giuridico corretto è quello che parte dai principi costituzionali e dai principi – già menzionati – della Carta di Nizza e in particolare dalla dignità combinata con la libertà e con l'uguaglianza, declinata quest'ultima come divieto di discriminazione, e con la solidarietà. Essi costituiscono il *framework* della protezione della personalità e della identità personale, e non è un caso che i successivi diritti elencati dalla Carta siano distribuiti sotto queste voci. L'insieme di tali diritti disegna esattamente quella sfera di inviolabilità della persona, la sua privacy nel senso più ampio, protetta da interferenze esterne, che contempla innanzitutto la sovranità sul proprio corpo, versione attualizzata dell'*habeas corpus* a contenuto non meramente difensivo, e contestualmente l'autonomia delle proprie decisioni esistenziali sul corpo come sulle scelte identitarie della propria vita⁴².

Non è certo questa la sede per esaminare i significati e le conseguenti ricadute del principio della dignità, sul quale l'imponenza e l'importanza della letteratura suggeriscono prudenza⁴³. Il mio intento è piuttosto quello di sottolineare la valenza normativa quale fondamento da cui si origina la costruzione giuridica del pluralismo personalistico, paradigma fondante di uno strumentario variegato di diritti e poteri, ma talora – secondo alcuni – anche di limiti capaci di incidere sulla libertà esistenziale del singolo, come pure su altri processi, sociali tecnici ed economici che interferiscono con l'esplicazione delle libertà del singolo⁴⁴.

Provo qui di seguito a dipanare tale complessità.

5. – La dignità legittima innanzitutto il processo di degerarchizzazione e riordino dei ruoli familiari, liberando potenzialmente le persone dal condizionamento di quelli tradizionalmente dominanti, per come istituiti dalle discipline che la legge vi ha dedicato⁴⁵. Gli elementi che compongono lo statuto delle persone nella

vita, e un corrispondente limite a carico della legge di intervenire su tali decisioni. In tale zona si colloca, fra gli altri, anche il diritto della coppia all'uso di contraccettivi e il diritto della donna di abortire. In argomento, vedi V. BARSOTTI, *Privacy, aborto ed eutanasia: i penumbra rights nella giurisprudenza della Corte suprema U.S.A.*, in *Corso di diritto comparato. Casi e materiali*, a cura di R. TARCHI, Milano, 1999, 117; e più di recente A. DI MARTINO, *Donne, aborto e costituzione negli Stati Uniti d'America: sviluppi dell'ultimo triennio*, in *Nomos*, 2022, 1, già con riferimento alla controversia poi sfociata nella decisione *Dobbs c. Jackson Women's Health Organization*, 24 giugno 2022, di cui in nota 6. La categoria dei *penumbra rights* contiene elementi di controvertibilità, nella misura in cui essa richiede una corretta impostazione del suo utilizzo nel contesto proprio dei diritti costituzionali e della relativa interpretazione, in senso estensivo. Il concetto è richiamato da G. MARINI, *La giuridificazione*, cit., 367 in relazione alle esperienze costituzionali tedesca e italiana, nelle quali pure l'adozione sapiente delle tecniche di bilanciamento ha consentito l'espansione dei diritti della personalità.

⁴² G. MARINI, *Diritto alla privacy*, cit., 204 ss., ampiamente sulle evoluzioni del concetto di privacy, dagli albori della tutela della riservatezza, alla garanzia circa il controllo delle proprie opinioni, dei propri comportamenti, delle scelte di vita, delle preferenze, e – come a breve vedremo – dei propri dati personali; non solo contro le forme più esplicite del potere, ma soprattutto contro quelle forme talvolta occulte di imposizione esterna di identità, o stili di vita, provenienti dalla tecnologia, o dal mercato, o da altre forme di potere sociale. Senza che ciò comporti l'assunzione gratuita di posizioni oscurantiste.

⁴³ G. RESTA, *Dignità*, nel *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI, vol. I, Milano, 2010, 259; ID., *Diritti fondamentali e diritto privato nel contesto digitale*, in F. CAGGIA, G. RESTA (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, Roma, 117; G. REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *Diritto pubblico*, 2016, 247; V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 140, 179 ss.; ID., *Antropologia dell'homo dignus*, in *Storia e memoria*, 2010, 107; M. GRONDONA, *La dignità nel codice civile (1942-2022). Premesse per una discussione*, in *La dignità "del" e "nel" lavoro*, a cura di G. ZILIO GRANDI, Torino, 2023, 107.

⁴⁴ Sulle funzioni, a volte antagoniste, assegnate al principio della dignità, vedi M. MONTEROSSO, *Dignità umana e soggettività giuridica*, in F. BILOTTA e F. RAIMONDI (a cura di), *Il soggetto di diritto*, cit., 77, e 81 ss., con riferimento ai casi nei quali la dignità è utilizzata come strumento di protezione dell'individuo, o – al contrario – come fonte di obblighi di comportamento.

⁴⁵ Si chiama in causa qui il modello normativo della famiglia fondata sul matrimonio, specie nella versione precedente le riforme segnalate nel testo, capace di istituire gerarchie sociali e condizionamenti a loro volta idonei non solo a replicarsi attraverso



chiave di dignità prima formulata sono molteplici, e ciascuno di essi rappresenta la rottura di un tassello la cui somma restituiva una *societas* per un verso governata all'insegna della coppia potere/soggezione, diversamente distribuita nei vari rapporti orizzontali o verticali cui lo sviluppo della famiglia dava luogo nel tempo, con la nascita dei figli e l'invecchiamento dei genitori. E per altro verso del tutto chiusa verso l'accoglienza di soggetti esterni, o nati "al di fuori di essa" pur se generati da uno dei suoi componenti. Dal principio della parità fra coniugi, al divorzio, al diritto del minore all'ascolto; all'uguaglianza dei figli comunque nati, alla legge sulla procreazione assistita, e così via, la dignità penetra nell'impianto della famiglia, per restituire ai componenti l'autodeterminazione personale sulle condizioni della propria esistenza – la privacy – e con essa la liberazione delle differenze. Ciò che poi proietta ciascuna persona dalla famiglia alla società, dove il principio di non discriminazione assiste – strumento principe – la scelta liberamente effettuata in ordine alle proprie tendenze contro i condizionamenti opposti dai ruoli sociali e dalle relative convenzioni consolidate⁴⁶.

In questo ideale percorso del singolo nell'esplicazione della propria personalità, dalla vita all'interno della famiglia, già nell'età minore, alla vita personale e professionale da adulto, la dignità si riarticola nelle funzioni normative che la dottrina ha individuato in termini di difesa, protezione e prestazione: un reticolo di garanzie fatto di diritti a diverso contenuto, ma anche di poteri di scelta in ordine alle proprie condizioni di vita contro ogni ingerenza esterna. Sì da veicolare il principio per il quale la protezione dei valori della persona sia il fine ultimo della società democratica ed il suo principale motore⁴⁷.

Nella complessità che contraddistingue il diritto delle persone in questa cornice, a fianco delle garanzie contro la discriminazione, e dei diritti di cui agli artt. 7 e 9 della Carta di Nizza, nascono nelle varie esperienze ordinamentali anche i diritti di scegliere i modelli normativi della propria differenza. Il riferimento è – ancora una volta – alla logica pluralista che presiede alla introduzione delle nuove famiglie, differenti da quelle fondate sul matrimonio. Non intendo descriverne il contenuto normativo, ma mettere in evidenza la peculiarità che questo orientamento normativo verso le differenze esprime nel processo di giuridificazione della persona in funzione della sua autodeterminazione.

Si legge infatti che *“L'emersione dei c.d. nuovi diritti è quasi sempre accompagnata dalla riproposizione – seppure in vesti sempre nuove – del dilemma della differenza: la creazione di aree di diritto disuguale, capaci di assicurare l'espressione di una specificità o di un modo di essere non omologabile alla normalità, conduce alla conseguente stigmatizzazione dei soggetti ai quali il diritto è garantito, mentre il mancato riconoscimento di tali espressioni priva ovviamente i soggetti di tutela, conducendoli verso l'assimilazione nei modelli dominanti”*⁴⁸.

l'educazione dei figli, ma anche a propagarsi all'esterno della famiglia, nei vari sottosistemi sociali, dall'istruzione, al lavoro, alla formazione dei quadri di governo, e così via. Sia ben chiaro che tale discorso non intende sottoporre a critica ideologica tale modello: intende soltanto svelare la retorica che lo accompagna, con la quale si veicola il messaggio per cui la famiglia sia una “comunità” che sta fuori e prima del diritto, e che il diritto “trova” così com'è nella società, come un fatto “naturale”. Laddove è chiaro – tutto al contrario – che tale modello è integralmente istituito dal diritto e dagli istituti giuridici che la legge – anche con il silenzio – stabilisce che siano applicabili o inapplicabili.

⁴⁶ Ogni indicazione bibliografica è superflua su questi punti. Ci permettiamo di rinviare al volume *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano*, a cura di C. CAMARDI, Milano, 2022.

⁴⁷ Per tutti G. RESTA, *Dignità*, cit., 277 ss., con riferimento all'insieme dei contenuti positivi che danno corpo alle tre funzioni indicate nel testo: la difesa da ingerenze pubbliche accompagnata da misure di rispetto della persona; la protezione da violazioni perpetrate anche da soggetti privati; la prestazione a carico dello Stato di misure comunque idonee a garantire le condizioni di sussistenza necessarie per soddisfare i bisogni essenziali.

⁴⁸ Così G. MARINI, *La giuridificazione della persona*, cit., 363 ss.



Ciò è quanto può osservarsi per le unioni civili degli omosessuali o i patti di convivenza o le famiglie “altre” e ricomposte, incluse le relative forme di genitorialità che ne scaturiscono nel formante giurisprudenziale⁴⁹: forme che proteggono e riconoscono il diritto di costituirsi una famiglia, ma contemporaneamente stigmatizzano – attraverso il trattamento deteriore e discriminatorio di quella famiglia – la differenza personale che l’ha originata e che si vorrebbe invece proteggere⁵⁰. Ciò che restituisce questo diritto diseguale come una sorta di paradosso, dove l’intento di proteggere e includere rischia di creare meccanismi di esclusione, che il mancato ricorso a quel diritto avrebbe forse evitato, laddove gli stereotipi sociali sono fortemente condizionanti. Come passare da una gabbia all’altra: da quella della segretezza a quella creata dal carattere performativo del diritto differenziato, che rende visibili ma pur sempre funziona attraverso una qualificazione⁵¹.

Le considerazioni appena svolte sollecitano il giurista che assimili dignità e valorizzazione della persona a rivolgersi con sguardo seriamente critico ad un diritto delle differenze personali il cui esito si avvicini a questa paradossale visibilità discriminante. Ed a chiedersi se l’istituzione di soggetti/personone – come le coppie omosessuali – che *non sono uguali agli altri* in ragione della loro sessualità non vada in contraddizione con il portato egaltario che necessariamente connota la dignità. Qui non si fa questione della disuguaglianza sostanziale nel mercato, che richiede e postula la disuguaglianza formale in funzione rimediale delle asimmetrie degli scambi. Qui si fa questione dell’esistenza dignitosa delle persone pur se sessualmente diverse dallo stereotipo dominante. Sorge il dubbio pertanto che l’istituzione di modelli “minori” di convivenza sia un regresso, uno strumento che semplicemente mette in luce il carattere performativo del diritto a dispetto del fine promozionale che lo stesso vorrebbe avere nel momento in cui fornisce all’individuo “diverso” una sua forma, che tuttavia lo imprigiona in questa diversità⁵².

6. – Ma il carattere paradigmatico della dignità associata agli altri principi non si ferma qui. Ci sono almeno altri due contesti nei quali essa agisce a rimodellare la libertà di autodeterminazione della persona. Il primo è quello del controllo del proprio corpo. Il secondo – apparentemente diverso – è quello del controllo dei propri dati personali.

Anche in questo caso, la presente sede mi esonera foss’anche dal cominciare la ricognizione delle discipline vigenti in questi campi. Il mio intento è solo quello di evidenziare come il connubio di dignità e libertà rende possibile riorganizzare giuridicamente l’interferenza tra la singola persona e il sistema sociale volta per volta interpellato dalla scelta compiuta nel nome dell’autodeterminazione della propria sfera privata e della

⁴⁹ Sul tema, A. NICOLUSSI, *Paradigmi della filiazione*, in U. SALANITRO (a cura di), *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, cit., 269.

⁵⁰ Sulla vicenda interna di normazione delle famiglie “altre” vedi M.R. MARELLA, *Qualche notazione sui possibili effetti simbolici e redistributivi della legge Cirinnà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, 231. Una sintesi del dibattito attuale si legge nel Forum *Dalla famiglia fondata sul matrimonio alla famiglia fondata sulla procreazione?*, in *Famiglia e diritto*, 2022, 1038 ss.

⁵¹ In argomento rinviando di nuovo al pensiero di S. RODOTÀ, *Diritto d’amore*, Bari, 2015; e ai contributi contenuti nel volume, *Diritto e persone LGBTQI+*, cit., *passim*.

⁵² Come noto, questo è il contenuto della critica radicale svolta dal pensiero cosiddetto *queer* nella cultura nordamericana contro l’istituto del matrimonio e alla sua estensione dimidiata alle coppie non eterosessuali, e contro le *identity politics*. Non si tratta solo di una critica sociale, ma di un’analisi critica dei dispositivi giuridici che istituiscono le soggettività e del carattere performativo del diritto, il quale pur quando volesse concedere diritti e opportunità, finisce per controllare la fisionomia delle persone, discriminandole. Per questa prospettiva, argomentata attraverso l’analisi di alcune gravi criticità della legge Cirinnà sulle unioni civili, vedi M.R. MARELLA, *Teoria queer e analisi giuridica*, in M. PELISSERO e A. VERCELLONE (a cura di), *Diritto e persone LGBTQI+*, cit. 31.



JUS CIVILE

propria identità. E viceversa, come l'invasione realizzata o tentata da parte di un sistema sociale sulla sfera privata del singolo possa essere governata nel nome della protezione e dell'autocontrollo della sfera privata.

Il primo contesto è il terreno caldo della vita, della morte e della cura e disponibilità del corpo. Qui l'interferenza tra l'etica nella quale il singolo individua la misura della propria dignità, e l'etica nella quale la società può in senso contrario individuare la giusta via da seguire non segue indirizzi unitari. Mentre è forte l'ingerenza della tecnologia, che moltiplica il novero delle possibili scelte che alternativamente si offrono alla persona su questo terreno.

I temi sono noti. Un primo ambito è dato principalmente dalle questioni legate alle scelte esistenziali in senso stretto: dall'interruzione della gravidanza, alla maternità surrogata, al suicidio assistito invocando la dignità della morte, all'interruzione delle cure sanitarie per un paziente clinicamente morto⁵³. Qui il tema giuridico non attiene al riconoscimento identitario di diritti intesi a rimediare alla stigmatizzazione sociale generata dagli stereotipi dominanti, e supera dunque il profilo fin qui esaminato della frammentazione delle identità in ragione della scelta di vivere secondo un "proprio" orientamento. Qui la dignità agisce come paradigma puro di autodeterminazione sulla propria ed in parte sull'altrui esistenza, sebbene sia evidente come i due profili si intreccino allorché l'autodeterminazione si inserisce nel contesto esistenziale di persone le cui condizioni di vita sono "conformate" dal diritto differenziato: ciò che avviene, ad esempio, nella gestione delle chances di genitorialità delle coppie omosessuali, anche attraverso il richiamo del principio generale del *best interest of the child*⁵⁴.

La casistica restituisce un quadro controverso, che stenta a trovare le linee guida di un compiuto progetto normativo aperto alla piena autodeterminazione delle scelte individuali, e si esprime piuttosto nella amministrazione giurisdizionale, attraverso il dialogo continuo delle varie Corti, di conflitti che presentano una doppia cifra problematica già sul piano delle fonti. Quella dell'interferenza tra diritto nazionale e diritto europeo; e quella internazionalistica che si specifica nelle richieste di riconoscimento di figli nati all'estero da maternità surrogata⁵⁵.

Un altro connesso terreno sul quale la dignità si offre come paradigma all'insegna del quale valorizzare, prima ancora che determinate scelte esistenziali, l'identità del singolo in quanto tale, è quello della identità di genere, più in particolare il tema dell'autopercezione di sé, specie da parte dei minori ancora in formazione. Un tema che assume connotati drammatici a fronte della diffusione dei cosiddetti "trattamenti di conversio-

⁵³ Sul tema del fine vita si rinvia semplicemente alla recente decisione della Corte costituzionale 2 marzo 2022, n. 50, sulla quale vedi il commento di M. AZZALINI, *La "scala Shepard" del fine vita. La Consulta e l'impervia road map dell'aiuto nel morire, tra tutela della vita e diritto al proprio sé*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 421, e di M. FORTINO, *Prime note sulla pronuncia della Corte costituzionale n. 50/2022*, ibidem, 449.

⁵⁴ M.C. VENUTI, *La genitorialità nella coppia omoaffettiva*, in U. SALANITRO (a cura di), *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, cit., 291.

⁵⁵ Sul tema della maternità surrogata, nella sua incidenza sul riconoscimento di figli nati all'estero ad opera di coppie omoaffettive, vale la pena ricordare la recentissima decisione di Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, reperibile in *Onelegale*, di cui riportiamo la massima: *Deve escludersi la trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero, e dell'originario atto di nascita, che indichi quale genitore il padre d'intenzione del bambino nato da gestazione per altri. L'instaurazione della genitorialità e il giudizio sulla realizzazione del miglior interesse del minore non si coniugano infatti con l'automatismo e con la presunzione, ma richiedono una valutazione di concretezza: quella valutazione di concretezza che postula il riscontro del preminente interesse del bambino a continuare, con la veste giuridica dello status, un rapporto di cura e di affettività che, già nei fatti, si atteggia a rapporto genitoriale.* Un commento sul tema è quello di A. MORACE PINELLI, *Le persistenti ragioni del divieto di maternità surrogata e il problema della tutela di colui che nasce dalla pratica illecita. In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Famiglia e diritto*, 2022, 1175; e con riferimento alla posizione della Corte di Giustizia, M.C. BARUFFI, *Il riconoscimento della filiazione tra persone dello stesso sesso e la libera circolazione delle persone nell'Unione Europea*, ivi, 1093.



ne” dell’orientamento sessuale, praticati nei confronti di omosessuali, bisessuali o transessuali, al fine di sanare una presunta patologia mentale e ricostituire una identità “normale”. Quanto simili trattamenti, ove imposti a prescindere dalla scelta dell’interessato, siano contrari non solo al principio della dignità, ma – come giustamente osservato – a diversi nuclei logico normativi, è conclusione sulla quale non dovrebbero sorgere dubbi⁵⁶. E però, tale certezza non risolve il problema della garanzia di rispetto dovuta all’autopercezione della propria identità sessuale, anche quando è incerta, in transizione o doppia, e specie nei confronti dei minori all’interno della famiglia, in ragione del fatto che meccanismi di esclusione e di discriminazione possono essere messi in atto a prescindere dall’imposizione di trattamenti chirurgici invasivi, di per sé sottoposti al rispetto del principio della inviolabilità dell’integrità personale e all’*habeas corpus*. Ricorrendo piuttosto a terapie farmacologiche o psicologiche o altri condizionamenti mentali più soft ma non meno dannosi dei primi, intesi ad imporre l’orientamento sessuale corrispondente al sesso ufficiale.

Rispetto alle problematiche esistenziali prima indicate, quella dell’autopercezione di sé non dispone al momento in Italia di nessuno strumento normativo specifico di protezione⁵⁷⁻⁵⁸, salva l’applicazione di tutti i principi costituzionali che possono invocarsi a protezione dell’identità, e delle altre normative che possono nelle concrete fattispecie offrire rimedio alla lesione della dignità (dalla responsabilità dei genitori a quella dei sanitari)⁵⁹.

Si è fin qui rappresentata la strategia operativa della dignità quale paradigma di costruzione della persona in funzione dell’autodeterminazione della propria identità e della scelta della propria esistenza, cioè in funzione di *empowerment* delle prerogative del soggetto⁶⁰.

Ma l’art. 3 della Carta di Nizza, dopo aver disposto che ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica”, introduce al comma 2 una serie di divieti contro talune libertà biotecnologiche reputate lesive della dignità, ma in quanto riferibile all’uomo, piuttosto che al singolo. Ed infatti, la formulazione lette-

⁵⁶ Per tutti, V. PESCATORE, *La legge tedesca sui trattamenti di conversione: al crocevia tra libertà fondamentali e diritto all’identità personale*, in *Identità sessuale e autopercezione di sé. Riflessioni a margine della legge tedesca sui “trattamenti di conversione”*, Torino, 2021, 6 ss.

⁵⁷ Sarebbe meglio dire che nessuno degli strumenti normativi proposti ha superato l’iter parlamentare, dal cosiddetto disegno di legge Zan (sul quale vedi *supra*, nota 5), al disegno di legge 17 maggio 2016, n. 2402, contenente Norme di contrasto – anche penali – alle terapie di conversione dell’orientamento sessuale dei minori. Si deve tuttavia ricordare l’orientamento della Cassazione e della stessa Corte costituzionale (sentenza 5 novembre 2015 n. 221) secondo il quale, in base ad interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 31 comma 4 del d.lgs. n. 2011/150, per ottenere la rettificazione del sesso nei registri dello stato civile non è più obbligatorio l’intervento chirurgico demolitorio e/o modificativo dei caratteri anatomici primari, quando venga accertata la serietà, univocità e definitività del percorso di transizione scelto dall’individuo. Il trattamento chirurgico, dunque, rimane uno strumento eventuale.

⁵⁸ Va inoltre menzionato l’utilizzo, come buona prassi scolastica, della cosiddetta “Carriera alias”, mediante la quale, nel richiamo di alcune normative di riferimento (dalla disciplina sulla rettificazione di sesso, alle risoluzioni europee in materia), si permette agli studenti che lo richiedano di utilizzare durante il percorso scolastico un nome di elezione diverso rispetto a quello anagrafico, allorché la percezione di sé non corrisponda al sesso registrato nell’atto di nascita. Si tratta di un accordo di riservatezza, assunto nel nome della tutela della dignità e della privacy, a valenza interna e di durata provvisoria, corrispondente a quella della carriera scolastica o universitaria. Uno strumento che, come tutti quelli che si incaricano di assumere una differenza a presupposto di una disciplina *ad hoc*, va sottoposto ad una valutazione che sappia dire – per quanto ciò riapra il dilemma delle differenze – se l’efficacia del rimedio in fase di attuazione non sia paralizzata da un effetto di stigmatizzazione peggiore del “problema” che si vuol curare.

⁵⁹ In Germania invece è stata approvata nel 2020 un’apposita legge per la protezione dai trattamenti di conversione a vantaggio delle persone vulnerabili, specie i minori, per i quali vige un divieto di trattamento. Sui contenuti di tale normativa si veda F. BERTELLI, *La protezione dai trattamenti di conversione nei sistemi giuridici italiano e tedesco*; S. CACACE, *Il consenso ai trattamenti di conversione sessuale*, entrambi in V. PESCATORE (a cura di), *Identità sessuale*, cit., rispettivamente 25 e 151; A. LORENZETTI, *Le persone intersex nel diritto antidiscriminatorio: fra vuoti normativi e necessità di protezione*, in M. PELISSERO e A. VERCELLONE (a cura di), *Diritto e persone LGBTQI+*, cit. 163.

⁶⁰ G. RESTA, *Dignità*, cit., 265; M.W. MONTEROSSO, *Dignità umana e soggettività giuridica*, cit., 81.



rale dei divieti di cui al comma 2 (il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone, il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro, il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani) allude a pratiche scientifiche finalizzate al controllo del genere umano, e non a trattamenti sanitari o pratiche individuali che invocano la dignità della singola persona; le quali chiamano in causa “un’idea meta-soggettiva di dignità, che trascende il singolo per abbracciare l’intera comunità”.

Il tema è dunque quello di evitare lo scivolamento concettuale da una nozione di dignità funzionale all’autodeterminazione del singolo, ad una dignità “imposta” frutto di un’etica pubblica, con il rischio di contraddire l’intero spirito della Carta. Esito da rifuggire con forza, se è vero che la dignità del singolo necessita di uno scudo esterno che non si esaurisce nei divieti di discriminazione, ma richiede un limite generale di sistema che impedisca che il singolo sia per altro verso ridotto ad un prodotto eterodeterminato e prefabbricato, o altrimenti ridotto a “cosa” attraverso la legittimazione del mercato delle sue singole parti. Quei divieti, dunque, proteggono la *dignità umana*, non tanto come improbabile nozione etica o giusnaturalistica, quanto come essenza ultima del diritto di essere e diventare persona secondo la propria identità, e non in quanto prodotto di un’identità eterodeterminata⁶¹.

Laddove questa interferenza non sia presente, e si controverta invece dell’autorappresentazione della dignità della propria vita, senza che questa interferisca con la rappresentazione della dignità umana come sopra definita, la prevalenza della prima, quale espressione dell’autodeterminazione della sfera privata non sembra possa essere messa in discussione⁶².

7. – Sul terreno analitico al quale adesso si fa cenno, la problematica dello statuto personale presenta connotati ancora differenti. Qui non si tratta di bilanciare scelte private e stereotipi sociali, preservando l’identità delle persone dai pericoli dello Stato etico o delle convenzioni sociali. Si tratta piuttosto di arginare l’invasione di altri sistemi e poteri – quello economico in combinazione con quello tecnologico – nei confronti della sfera personale privata.

La felice metafora di Rodotà, quella del corpo elettronico⁶³, restituisce l’esatta percezione del problema. Da una parte la proiezione del corpo nella società dell’informazione digitale rende plasticamente l’idea dello sdoppiamento dell’uomo e della sua identità nel cyberspazio, secondo la percezione di sé che volta per volta si vuole manifestare; dall’altra, la spinta al potenziamento di tale proiezione da parte di una incessante produzione di servizi che assorbono informazioni, le rielaborano attraverso potenti strumenti di intelligenza artificiale e creano personalità “aggiuntive”, potenzialmente in grado di reagire sulla persona e di condizionare i suoi comportamenti.

Si ripropone così il tema della eterodeterminazione delle scelte individuali, e di conseguenza quello della neutralizzazione di eventuali effetti di discriminazione ideologica o sociale⁶⁴. In tal senso si parla di “colo-

⁶¹ G. RESTA, *op. cit. loc. cit.* e 271 ss.; J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino, 2002, in particolare 19, 32 ss.

⁶² Qui il riferimento è a quelle scelte individuali il cui contenuto può turbare una più diffusa percezione della dignità da parte della comunità di riferimento (*leading case*: il gioco del lancio dei nani dal cannone di un circo). Rispetto alle quali un criterio di bilanciamento potrebbe essere quello di valutare – nelle diverse circostanze – se la loro diffusione abbia o meno impatto condizionante sulle altrui scelte di vita, precludendo libere scelte secondo la propria identità.

⁶³ S. RODOTÀ, *Trasformazioni del corpo*, in *Politica del diritto*, 2006, 3, e poi *Il diritto di avere diritti*, cit., 312 ss.

⁶⁴ D. MESSINETTI, *Identità telematiche, identità individuali, nick name. Il problema delle tutele giuridiche*, in *Liber amicorum per*



nizzazione” della vita personale da parte della tecnica e della scienza, come pure di “capitalismo estrattivo”⁶⁵, espressioni metaforiche che sottolineano la gravità del rischio al quale la persona è esposta di diventare “una miniera a cielo aperto dove chiunque può attingere qualsiasi informazione e così costruire profili individuali, familiari, di gruppo, facendo così divenire la persona l’oggetto di poteri esterni, che possono falsificarla, costruirla in forme coerenti ai bisogni di una società della sorveglianza, della selezione sociale, del calcolo economico”⁶⁶.

La dignità in combinazione con la libertà sono i principi chiamati a sorreggere un nuovo apparato di diritti che questa volta non è possibile desumere né dalla loro combinazione e nemmeno dalla mera previsione del diritto personale alla privacy introdotto dalla Carta di Nizza. Una tecnica interpretativa simile a quella già illustrata dei *penumbra rights*, infatti, sarebbe del tutto insufficiente a fronte dell’aggressività e della potenza sfoderata dal sistema delle tecnologie digitali e dalla incontrollabile estensione del suo mercato.

L’attenzione va dunque al Regolamento UE n.679 del 2016, il GDPR, al bilanciamento da questo attuato (all’art.1) fra il principio di riserva del controllo dei dati personali in capo al singolo e il principio della loro libera circolazione. Lo strumentario protettivo della persona dunque si riarticola qui lungo una cifra codicistica, che il menzionato, evidente, carattere pervasivo del fenomeno configura necessariamente a vocazione tendenzialmente universale⁶⁷. Per un verso la persona – che diventa l’interessato – è assunta quale destinataria di una serie di diritti specifici e di rimedi, che danno forma al moderno diritto alla privacy inteso come diritto generale a mantenere *sempre* il controllo dei propri dati personali, anche e soprattutto quando gli stessi vengono “ceduti” e disseminati nella rete. Per altro verso il prestatore di servizi che opera la raccolta e il trattamento – che diviene il titolare – è destinatario di una serie di corrispondenti obblighi di comportamento, ma anche di organizzazione, intesi a governare il processo del trattamento anche in funzione di protezione della persona e a strutturare l’attività secondo un principio di approccio basato sul rischio e di *accountability*.

Un modello di tutela originale, che si ripropone – come già il modello progenitore della privacy individuale – come schema generalizzabile ed espansivo di tutela della persona, seppur con una ratio in parte più ampia e in parte diversa: quella di impedire che la persona, e la sua autodeterminazione, siano meccanicamente e *inconsapevolmente* inglobati nel funzionamento di un sistema sociale pervasivo e onnipresente nella vita quotidiana, fino ad esserne travolte.

Rispetto al modello originario del diritto di privacy delineato all’insegna della dignità, prettamente inteso a costruire una sfera – la più ampia possibile – di autodeterminazione sulla propria dimensione esistenziale (dalla riservatezza alla “sovranità” sul proprio corpo), il modello di privacy proposto oggi dal GDPR si contraddistingue per il suo carattere *sistemico*. Per il suo essere cioè rivolto non tanto ad impedire i *comportamenti* di chiunque voglia violare la privacy individuale, quanto piuttosto alla regolazione di un sottosistema

Francesco D. Busnelli, cit., 75; G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. inf.*, 2007, 511 ss.; ID., *Governare l’innovazione tecnologica. Decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2019, 199; A.C. DI LANDRO, *Big data. Rischi e tutele nel trattamento dei dati personali*, Napoli, 2020, 97 ss.; G. ALPA, *L’identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contr. e impr.*, 2017, 723 ss.; A. LA SPINA, *Complessità e identità personale*, cit., 263, 326 ss. Si rinvia da ultimo ai contributi presenti nel volume *SMART. La persona e l’infosfera*, a cura di U. SALANITRO, Pisa, 2022.

⁶⁵ A. LA SPINA, *Complessità e identità personale*, cit. 417 ss., sui rischi di spersonalizzazione dell’identità indotti dal meccanismo circolare di uscita e successivo rientro dei dati attraverso i meccanismi di profilazione.

⁶⁶ L’espressione è sempre di S. RODOTÀ, *Antropologia dell’*homo dignus**, cit., 9.

⁶⁷ Per una comprensione analitica dei contenuti normativi del GDPR, nell’ambito di una letteratura ormai sterminata, rinviando al *Codice della privacy e data protection*, a cura di R. D’ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA, Milano, 2022, intelligentemente commentato dando rilievo alla pluralità delle fonti, da quella internazionale a quella nazionale, a sottolineare il portato di un moderno ordinamento multilevel.



sociale – quello della comunicazione e dell’economia *data driven* – che si muove con logica propria, in forma organizzata e con carattere tipicamente massivo. Il pericolo della lesione dei diritti personali, infatti, si riconduce all’effetto – per così dire fisiologico – dell’attività dei protagonisti di questo sistema, incentrata sull’elaborazione “intelligente” di masse sterminate di dati in formato digitale. In tal senso la lesione della persona è più spesso collettiva e di massa, che non individuale.

Non si tratta perciò di neutralizzare l’atto discriminatorio o limitativo di un soggetto – fosse anche lo Stato – che ostacola la privacy di una singola persona, ma di arginare un rischio sistemico messo in atto da soggetti – come le piattaforme digitali – che operano su scala globale, con una logica autonoma e nei confronti di un numero incalcolabile di persone. Qui la funzione dei diritti fondamentali quale dispositivo di neutralizzazione di un potere è ancor più evidente⁶⁸.

Questa considerazione spiega anche un altro elemento normativo del progetto di governance digitale alla cui costruzione assistiamo nell’UE. Il fatto cioè che al suo interno il legislatore europeo stia via via riproponendo la stessa frammentazione di persone che abbiamo già conosciuto nella ordinaria regolamentazione dei rapporti economico-sociali. A fianco del consumatore digitale, replica del consumatore ordinario *off line*, appaiono gli utenti commerciali digitali, replica delle piccole imprese che operano in condizioni fisiologiche di dipendenza economica; come appaiono gli *internet service providers*, replica dei professionisti, ma in versione digitale; o i minori on line che “giocano” nei social, per non parlare dei lavoratori su piattaforma o dei *riders*, e così via. Emerge in tal modo l’intento esplicito di replicare nel diritto digitale globale – il mondo cosiddetto *on life* – le figure di persone già protagoniste della vita off line, forti o fragili che siano.

Ed anche nel contesto di questo processo ancora in evoluzione, il nuovo modello della privacy digitale diventa modello generale reiterabile di tutela della persona, anzi esportabile. Lo si vede dalla riproposizione della struttura regolatoria del GDPR nei Regolamenti più direttamente rivolti a governare l’attività delle piattaforme, specie le più grandi o *gatekeeper*, e comunque dei software implementati da sistemi di intelligenza artificiale. Anche qui, alla codificazione di diritti e obblighi dei soggetti strutturati come parti dei rapporti volta per volta disciplinati e delle *persone* con le quali interloquiscono, si accompagna l’*enforcement* pubblico, evidente nella previsione di Autorità di settore, con poteri di vigilanza e sanzionatori, e nella disposizione “a rete” delle strutture di *governance* europea⁶⁹.

⁶⁸ Seppur in maniera semplificata, stiamo adottando una lettura di queste tecniche normative attraverso le categorie analitiche della complessità, in particolare – per questi aspetti – nella versione teorica di G. TEUBNER, *Regimi privati globali. Nuovo diritto spontaneo e costituzione duale nelle sfere autonome della società globale*, in *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione*, Roma, 2005, 57 ss.; ID., *Costituzionalismo societario: alternative alla teoria costituzionale stato-centrica*, ivi, 105; e adesso R. PRANDINI, G. TEUBNER, *La (auto)sovversione del diritto: ambiguità e paradossi del sistema immunitario della società*, Milano, 2022, 41, 235 ss., ove l’originale teoria dei diritti fondamentali come dispositivo collettivo immunitario da opporre alle cosiddette “matrici anonime”: cioè, processi sociali impersonali, asserventi e a tendenza totalitaria (attribuibili ad attori umani solo per questioni di comunicabilità), come la tecnologia, i media o l’economia; laddove essi minacciano, ad esempio, l’integrità dell’arte, della famiglia, della religione, delle persone. Una ricostruzione attenta dello scenario dei rapporti digitali a livello globale si legge in S. MANNONI, G. STAZI, *Sovranità.com. Potere pubblico e privato ai tempi del cyberspazio*, Napoli, 2021, il cui titolo plasticamente allude al tema del controllo della posizione monopolistica assunta dalle grandi piattaforme nel mercato digitale globale.

⁶⁹ Il riferimento è agli atti che compongono il pacchetto della governance digitale: dal Regolamento sull’AI, al Digital services Act, al Digital market Act, ai Data Act. La questione trova oggi una sua cornice più istituzionale nella decisione (UE) 2022/2481 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 che istituisce il *Programma strategico per il decennio digitale 2030*, visibile al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022D2481&from=EN>.



8. – Che dire all’esito di queste riflessioni? Credo ci siano alcuni aspetti da mettere in luce nella complessità multilevel che il quadro manifesta.

Il primo concerne la permanenza di un’aspirazione universalistica nella costituzione delle figure di persone. Ad uno sguardo dall’alto, alla figura universale del soggetto persona fisica “capace” si affianca la figura a valenza universale della persona titolare della sua dignità, libera e inviolabile. E se la prima assolve all’irrinunciabile compito di consentire l’attribuzione di diritti, pretese e obblighi nella cifra dell’uguaglianza formale, cioè l’accesso al mondo del diritto; la seconda assolve all’irrinunciabile compito di garantire a ciascuno l’invulnerabilità di una sfera personale di identità, integrità e autodeterminazione, nella cifra assiologica del riconoscimento della unicità dell’essere umano.

Intorno a queste due figure, una fenomenologia normativa sollecitata dalla complessificazione dei sistemi sociali nei quali l’individuo è immerso, vuoi per effetto della tecnologia nelle sue applicazioni al mercato o alla stessa vita dell’uomo, vuoi per effetto dei paralleli meccanismi di globalizzazione anche culturale, ha generato l’emersione frammentata di figure personali istituite alla luce di criteri non universali, ma parziali (l’età, il sesso, l’orientamento sessuale, etc.), ovvero in ragione della peculiarità dei rapporti o dei contesti nei quali l’esperienza dell’individuo si sviluppa (la moltiplicazione degli scambi di consumo; l’avvento della digitalizzazione o le chance offerte dalle biotecnologie; la gestione della propria vita familiare).

In questo scenario, un tema di primo piano per il giurista che si interroghi sulle sorti della forma “codice” è quello di una possibile sistematica degli statuti personali, da applicare al diritto delle persone. Ho qualche dubbio che ciò sia possibile, o comunque non nel senso nel quale la sistematica giuridica si è sviluppata quando la forma “codice” dominava il diritto privato e racchiudeva al suo interno pressoché tutti i modelli regolatori dei rapporti privati.

Oggi la dominanza del pluralismo normativo, in tutti i suoi significati, primo fra tutti quello delle fonti, impedisce il più delle volte che la soluzione di un problema possa sistematicamente elaborarsi da un solo punto di vista. Non solo, ma in questa materia la complessità delle esperienze della persona e la contestualità delle relative manifestazioni chiama in causa una pluralità di modelli normativi di riferimento, che l’interprete è costretto a combinare e a bilanciare in assenza di una di una dogmatica, cui assegnare a priori una primazia gerarchica. Si pensi – giusto per esemplificare – alla combinazione di norme da invocare a fronte dell’esperienza personale di un minore alle prese con un social: qui entrano in gioco alcuni e non irrilevanti aspetti della sua persona, quello del rapporto con i genitori, quello del rispetto della sua autodeterminazione nel rivendicare l’accesso al social quale forma di esplicazione della personalità, quello del rispetto della sua autodeterminazione nel rapporto con il social, una volta realizzato l’accesso, e ovviamente quello della protezione della ancora non risolta fragilità. Non c’è un punto di vista prevalente: per ciascuno di questi aspetti la sua persona ha sempre un ruolo e quello dei genitori non nasce per definizione sovraordinato.

E si pensi ancora, per riprendere un tema sempre irrisolto, la complessità fattuale e giuridica da amministrare nelle controversie sul riconoscimento degli atti di nascita di creature nate all’estero da maternità surrogata, quando i richiedenti genitori sono partner di coppia omosessuale. Anche qui, il bilanciamento tra i principi che tutelano la libertà di costituirsi una famiglia, l’ordine pubblico interno e internazionale, e il *best interest of the child*, non ha finora assicurato margini di certezza accettabili⁷⁰.

Se questo è vero, più che una sistematica nel senso tradizionale, l’interprete è chiamato ad elaborare una metodologia del bilanciamento, tracciando i limiti ultimi della compressione dell’autodeterminazione della persona di fronte alle interferenze che la minacciano, ed il limite massimo di tali interferenze. Questa indica-

⁷⁰ E si veda l’ultima decisione della Suprema Corte a Sezioni unite, di cui nella nota 50.



zione non nasce da un presupposto ideologico, quanto piuttosto dalla presa d'atto della ratio che ha condotto al processo di frantumazione del soggetto nella pluralità delle “persone” alle quali si è dato specifico diritto di cittadinanza, come dalla conseguente struttura delle norme fondamentali che li riguardano. La centralità della dimensione esistenziale della persona e la contestuale affermazione della singolarità dell'essere umano nella sua unicità, entrambe centrate sul parametro della dignità, sono il punto di partenza di ogni discorso sulle persone, da sviluppare contestualmente alla luce delle *rationes* che presiedono alla disciplina delle differenti figure umane categorizzate in ragione di un criterio parziale aggregante (il sesso, l'età, piuttosto che il compimento di taluni atti). Ciò che allontana qualunque forma di sistematica dalla quale trarre soluzioni per così dire conformi a uno schema o desumibili da una regola generale, e spinge verso un'*ars combinatoria* illuminata dalla concretezza delle circostanze di fatto. Si pensi al principio del *best interest of the child*, ed alla sua potenzialità demolitoria delle regole della genitorialità; ovvero al principio della parità di genere, o al diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale. Tutti principi la cui declinazione richiede l'immersione nel concreto della dimensione esistenziale degli interessati e del rispetto della loro dignità.

Di qui un altro aspetto problematico, l'effettività della tutela offerta, e la difficoltà di costruire strumenti rimediali, sia quando si tratta di garantire il principio di autodeterminazione nelle questioni che più direttamente coinvolgono il corpo o le scelte della vita (dall'aborto alle scelte in materia di natalità o di morte); sia quando si tratta di delineare uno statuto di piena protezione delle persone ritenute meritevoli di “loro” differenti diritti (si pensi alle questioni generate dalle preferenze e dagli orientamenti sessuali non coerenti con i dati anatomici, o alla parità di genere).

Si è già evidenziato al proposito il tema del dilemma delle differenze, tra segreto della propria diversità ed esplicita rivendicazione della stessa, ma con il peso della sempre possibile stigmatizzazione sociale. Come pure si è evidenziata la criticità del riconoscimento normativo di uno statuto personale specifico (ad esempio le unioni civili per le coppie omosessuali) declinato in forma del tutto asimmetrica rispetto allo statuto generale ritenuto “normale” (il matrimonio eterosessuale): scelta che lascia permanere il dubbio che dietro al riconoscimento di quelle “persone” continui ad albergare l'idea di una diversità quale forma di devianza da correggere, piuttosto che l'idea di valorizzare una scelta esistenziale.

Ma a queste serie considerazioni teoriche vanno aggiunte anche quelle che alimentano un pensiero critico più radicale, e che mettono fortemente in dubbio che una riduzione a fattispecie del diritto alla propria dimensione esistenziale, costruita per differenza dallo stereotipo socialmente consolidato, sia idonea allo scopo, se lo scopo è quello di realizzare libertà e dignità nelle scelte relative alla sfera privata. Questa critica mette al centro del discorso la faccia performativa del diritto o la sua permanente ambiguità: quella per la quale mentre protegge la norma classifica, e classificando ghettizza o introduce comunque uno standard di disciplinamento il cui effetto sociale è solo apparentemente inclusivo, ma in realtà esclude chi ne sta fuori alla stessa maniera in cui lo schema normativo consolidato o stereotipato esclude chi non lo adotta. Una forma di omologazione che esibisce una non poco evidente incoerenza rispetto a quel principio di valorizzazione della differenza e rifiuto dei modelli dominanti che – nel nome della dignità – si è ufficialmente posto alla base della normativa di protezione della differenza⁷¹.

Dal punto di vista di chi intende mettere a fuoco, come in questa sede, l'efficacia delle diverse forme re-

⁷¹ Rinviando ancora al proposito alle interessanti riflessioni di M.R. MARELLA, riportate in *Teoria queer e analisi giuridica*, cit., *passim*, su tale pensiero critico che rifiuta la normatività come dimensione del diverso sessuale, e si oppone tout court al matrimonio, in qualunque forma disciplinato, come istituto che finisce comunque con lo stigmatizzare chi non lo pratica.



JUS CIVILE

golate degli status personali, queste critiche, sebbene non riferibili in assoluto a tutte le figure personali generate dal processo di frantumazione del soggetto astratto, non sono irrilevanti. Esse inducono piuttosto a considerare altri strumenti regolativi, che non spingono verso forme di disciplinamento analitico o schematizzante dei diritti di protezione, ma valorizzano la libertà di scelta delle persone in un contesto che le mette effettivamente nelle condizioni di scegliere. Ricompongono il rapporto tra dignità e libertà affidando la realizzazione della prima alle opportunità che la seconda dovrebbe garantire attraverso un potere di scelta che la legge dovrebbe implementare.

Il riferimento che in conclusione vorrei fare, semplicemente con una citazione letteraria, è un rinvio ad una pista di ricerca. Sollecitata da uno studio di Francesco Busnelli e Valentina Calderai⁷² sto pensando all'approccio cosiddetto delle *capability*, teorizzato da Amartya Sen e da Martha Nussbaum, nel contesto degli studi economici sulla lotta alle povertà e alle disuguaglianze; e sviluppato dalla seconda nei suoi studi sulla condizione femminile in India, posti alla base di un volume del 2000 significativamente intitolato "Diventare persone" (in originale *Women and Human development*)⁷³.

Profondamente influenzata dalla matrice filosofica kantiana dell'uomo come fine e non come mezzo, da una parte; e dalla metodologia tipica dell'analisi economica intesa alla valorizzazione delle preferenze degli attori sociali, dall'altra; in costante dialogo con la filosofia politica liberale e le teorie della giustizia, Martha Nussbaum contesta l'origine naturale della famiglia, ne argomenta la natura di istituzione artificiale prodotta dallo Stato e significativamente parte da qui per sviluppare il suo approccio delle capacità.

È difficile cogliere la nozione di capacità se non ci si libera da quella giuridico formale alla quale siamo abituati. Nel discorso di Nussbaum, capacità indica "ciò che le persone sono in grado di fare e di essere, avendo come modello l'idea intuitiva di una vita che sia *degnata della dignità di un essere umano*"⁷⁴. Essa nulla ha a che vedere con il meccanismo di imputazione delle situazioni giuridiche, non esprime la titolarità di un diritto, quanto piuttosto la possibilità concreta ed effettiva di accedere ai processi di partecipazione sociale, alla vita di comunità, in un contesto in cui la libertà di opzione non è coartata sulla base di ruoli precostituiti e immutabili. Le capacità avvicinano dunque alle libertà di scelta in assenza di ostacoli non scalabili, ma in un contesto connotato da un'idea elevata di dignità e qualità della vita. Nussbaum non è giurista, pur se dotata di una sensibilità istituzionale, ma i suoi strumenti analitici e discorsivi rappresentano per il giurista una pista originale e utile per dimensionare la fenomenologia dei diritti della persona in una chiave di effettività. Con tali strumenti, lontani dalla cifra deontica della normatività classica, ella individua una "lista" di capacità adeguate all'idea di un essere umano "dignitosamente libero", articolate intorno alla durata della vita, all'integrità fisica, alla salute fisica, ai sensi di immaginazione e pensiero, alla ragione pratica, al controllo del proprio ambiente, e perché no anche al gioco. Compito del soggetto regolatore sarebbe dunque quello di garantire l'accessibilità a tali funzioni, la libertà di tutti di scegliere e decidere. Più che una moltiplicazione di diritti, dunque, l'implementazione del diritto ad un'esistenza libera e dignitosa: come si legge negli artt.3-36 della nostra Costituzione⁷⁵.

Il giurista tradizionale può forse esprimere diffidenza verso queste prospettive, più vicine alla filosofia

⁷² F.D. BUSNELLI, V. CALDERAI, *Declinazioni della persona: un itinerario dal diritto privato al diritto internazionale (passando dal diritto costituzionale)*, in *Giur. it.*, 2010, 9 ss. (da *Onelegale*), con non implicite punte di critica verso l'universalismo astratto dei diritti.

⁷³ A. SEN, *Globalizzazione e libertà*, Milano, 2002; M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, Bologna, 2001.

⁷⁴ M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone*, cit., 19.

⁷⁵ M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone*, cit., 92, 97 ss.



JUS CIVILE

politica e meno attrezzate dal punto di vista della tecnica di costruzione delle norme. E tuttavia credo che la diligenza e la curiosità dovrebbero consentire di prestare attenzione ad alcune fenomenologie normative che di recente hanno imboccato una strategia di tutela delle persone non lontana dall'approccio basato sulle capacità. Penso alla recentissima legge francese sulla parità di genere. Non troviamo solo la generale – e sempre necessaria – proclamazione dei diritti delle donne: si legge invece dell'adozione di “misure per la vita quotidiana delle donne”, come la disponibilità esclusiva di un conto corrente bancario, nel quale accreditare lo stipendio, con l'obiettivo di non privare mai la donna della sua indipendenza economica; si legge di prestazioni varie di assistenza per il ritorno al lavoro, a partire dagli asili nido; si legge della possibilità del telelavoro per le gestanti; e del sostegno dell'imprenditoria femminile. Si legge poi della pubblicazione di un indice di parità da parte degli istituti di istruzione e di un tasso minimo femminile del 50% nelle commissioni di selezione, come le quote del 40% negli organi aziendali, e così via. Non un catalogo di diritti, ma piuttosto di opportunità strumentali allo sviluppo di capacità⁷⁶!

Un altro esempio è il *Gender equality plan* adottato negli Atenei italiani ed europei. Esso è imposto dalla Commissione europea quale condizione per avere accesso ai fondi di cui al programma Horizon 2021-2027. Ed è anche menzionato nel PNRR quale condizione per accedere ai relativi fondi, seppure con altre formule, che si richiamano anche ai Bilanci di genere. Dunque è uno strumento necessario di accompagnamento della strategia e del ciclo di programmazione degli Atenei. Esso richiede di condurre valutazioni d'impatto, correzioni del bias di genere e relativi processi di monitoraggio⁷⁷.

Ha tutto questo a che fare con lo statuto normativo delle persone? Quantomeno, l'interrogativo va posto, ed anche elaborato.

⁷⁶ Legge 24 dicembre 2021 sulla parità di genere economica e professionale, in Note dell'Osservatorio della legislazione straniera, a cura della Camera dei deputati, marzo 2022.

⁷⁷ Commissione europea, Direzione generale della Ricerca e dell'innovazione, Horizon Europe guidance on gender equality plans, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2021, <https://data.europa.eu/doi/10.2777/876509>.