

UP COLLANA DELL'UNIONE DEI PRIVATISTI



L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?

a cura di

Carlo Granelli e Nicola Rizzo



G. Giappichelli Editore – Torino

PRESENTAZIONE

di *Giuseppe Grisi*

Si avvicinava a grandi passi l'estate, lo scorso anno, e c'era da decidere dove svolgere, nel mese di novembre, il convegno nazionale che, tradizionalmente, l'Unione dei Privatisti tiene ogni anno. Si è pensato a Roma che, per tante ragioni, è sempre una buona scelta, ma valide motivazioni ci spingevano a considerare preferibile una sede diversa.

Avevamo già ampiamente discusso del tema che il convegno avrebbe trattato e, per renderlo chiaramente identificabile con espressione sintetica ma efficace, si era stabilito di ricalcare fedelmente il titolo di un saggio di Luigi Mengoni pubblicato nel 1992 nella Rivista critica del diritto privato: *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?* Le riflessioni allora sviluppate dal Maestro ci sembravano, in larga parte, agganciabili all'attualità, toccando temi e motivi ancor oggi ricorrenti nel dibattito sulle sorti del diritto europeo, che era nostra precipua intenzione rianimare.

Venti di crisi spiravano sull'Europa: difficile anche solo ipotizzare lo sviluppo positivo del progetto di unificazione europea di fronte all'ascesa dei movimenti sovranisti e populistici e alla necessità, per chissà quanto tempo ancora, di fare i conti con le ricadute, ad ogni livello, della pandemia da Covid-19, la cui fine – val bene ricordarlo – sarà solo il 5 maggio 2023 ufficialmente dichiarata dall'OMS. Proliferavano, a livello normativo, interventi disorganici, di portata circoscritta, traducentisi nell'introduzione di regole “di settore”, espressione di logiche particolaristiche, giocoforza egemoni quando a prevalere è l'esigenza di dar risposte immediate ad emergenze da affrontare. Si navigava a vista, insomma, e il cammino verso la codificazione europea, irto di ostacoli sin dal suo inizio, sembrava destinato ad interrompersi col rischio di non più riprendere: quell'obiettivo, in definitiva, sembrava inesorabilmente confluire nel mondo delle aspirazioni prive di attuazione. È stata, forse, proprio la percezione esatta di un contesto tanto problematico a suscitare una reazione in positivo: senza cadere nello sconforto, consapevoli che la crisi sempre si lega al cambiamento e che quest'ultimo può rivelarsi opportunità preziosa di miglioramento nel senso considerato del mondo in cui viviamo, ci siamo chiesti se proprio ora non fosse il

caso di rimettere all'ordine del giorno la discussione sull'armonizzazione delle regole privatistiche fra i vari diritti nazionali, insomma sull'Europa dei codici e sul codice per l'Europa. Interrogativo presto sciolto nella direzione che questo volume testimonia: abbiamo tutti creduto, riprendendo quei temi ad oggetto di dibattito, di ricominciare a costruire il futuro.

Le basi del domani sono più solide se fanno tesoro dell'esperienza del passato e, nel 2022, due fatti importanti che ad esso rimandano hanno, in qualche modo, confortato la decisione di proiettare nello scenario europeo la riflessione. Il primo è costituito dagli ottant'anni del nostro codice civile, che è circostanza non estranea al diritto europeo se è vero che in quest'ultimo può farsi confluire anche la dimensione che il diritto privato va assumendo nei Paesi membri dell'UE. Il secondo rinvia al trentennale dell'Accademia dei Giusprivatisti Europei che, fondata a Pavia il 9 novembre 1992, giusta l'art. 1 del suo Statuto «si propone di dare un contributo, attraverso la ricerca scientifica, all'unificazione e alla futura interpretazione e applicazione del diritto privato in Europa, nello spirito delle convenzioni comunitarie», e inoltre «di promuovere lo sviluppo della cultura giuridica europeistica». L'Accademia dei Giusprivatisti Europei ha ancora a Pavia la sua sede ufficiale e ne è co-Presidente il Prof. Carlo Granelli che dell'U.P. è socio fondatore, oltre che capofila di un nutrito manipolo di giuristi – soci anch'essi della nostra Associazione – in ruolo nell'Università di quella che fu capitale del Regno dal 625 al 774 e cuore della cultura longobarda. La candidatura di Pavia a sede del convegno è venuta, quindi – oserei dire – spontanea e non poteva non essere accolta con unanime entusiasmo e vivo compiacimento.

La celebrazione di due eventi così significativi ha rappresentato, perciò, il valore aggiunto di un convegno, che, il 18 novembre nell'Aula Goldoniana del Collegio Ghislieri e il giorno seguente nella sede centrale del Dipartimento di Giurisprudenza tra le eleganti decorazioni dell'Aula Foscolo progettata nel 1770 dall'architetto Piermarini per volere dell'imperatrice Maria Teresa d'Austria, ha svolto, in presenza, come da programma, i suoi lavori, al cospetto di un pubblico attento e numeroso.

A cose fatte, c'è da chiedersi se gli obiettivi che il convegno si era proposto di conseguire siano stati raggiunti. Ce n'era uno, assai ambizioso, che già in partenza sapevamo essere fuori portata: far sì che fosse riaperto il cantiere, da tempo inattivo, allestito con tante speranze anni addietro per dar vita ad un codice civile europeo. Il convegno ha confermato giusta la previsione: i tempi che stiamo vivendo non sono propizi per quella riapertura e troppi e insuperabili sono gli ostacoli che la rendono, al momento, inipotizzabile. Non c'è di che gioire nel constatarlo, ma la presa d'atto del dato, suffragata da elementi scientificamente rilevanti, è un esito, non scontato, della discussione svolta a Pavia e può, quindi, ascrivarsi tra i risultati utili cui il convegno è approdato. Può dirsi, invece, pienamente centrato l'altro obiettivo che avevamo di mira, quello in fase di idea-

zione giudicato realisticamente accessibile: ridare smalto al dibattito sulle sorti del diritto europeo, per scongiurare il rischio – particolarmente grave nella stagione attuale – del suo definitivo isterilimento e per ridefinire, se opportuno, le linee di svolgimento del processo evolutivo tempo fa avviato, bisognose di un aggiornamento vista la portata dei recenti accadimenti. Sono numerosi e di gran valore gli spunti, a tal riguardo, offerti dalle relazioni, il che va a merito di chi le ha svolte, cimentandosi con straordinari impegno e competenza nell’esame di temi delicati e non semplici da affrontare. Lode, dunque, al contributo – inutile dire, determinante – dei relatori, che hanno dato spessore e concretezza scientifica all’intento di riportare al centro la riflessione sull’edificazione del diritto privato europeo. A loro, in primo luogo, va il ringraziamento dell’U.P.

Chiudo rendendo omaggio, doveroso, ai Colleghi pavesi, che magistralmente hanno provveduto a delineare in modo particolareggiato i contenuti dell’evento ed egregiamente hanno assolto i molti e gravosi compiti che la realizzazione di un convegno impone di espletare. Della splendida accoglienza occorre essere grati al Collegio Ghislieri, ai Dipartimenti di Giurisprudenza e di Scienze Politiche e Sociali dell’Università di Pavia e a quanti si sono prodigati nell’organizzazione dell’incontro, *in primis* i Prof.ri Carlotta De Menech ed Emanuele Tuccari. Si è creato, tra i presenti, un clima conviviale che raramente, in analoghe circostanze, ho riscontrato. È questo un dato – a mio avviso – da sottolineare. Ha certamente avuto un peso la tregua concessa dal SARS-CoV-2, che ha consentito di riassaporare il gusto di ritrovarsi insieme e, *vis à vis*, discutere e comunicare, ma credo che ciò valga solo in parte a giustificare l’atmosfera che si respirava. Sono assolutamente certo che molti, come me, hanno avvertito la piacevole sensazione di essere parte di una comunità, di un consorzio umano aggregato non solo occasionalmente e in vista della soddisfazione di un comune interesse scientifico, ma unito da una progettualità condivisa, dalla vicinanza nel modo di apprezzare le cose e di guardare al mondo e alle epocali trasformazioni in atto. Anche a questa diffusa percezione mi sentirei di associare il successo del convegno. *Ad maiora.*

I

L'EVOLUZIONE DEI SISTEMI
NORMATIVI EUROPEI NEI DIVERSI
AMBITI DEL DIRITTO CIVILE

PERSONE

di *Carmelita Camardi*

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. *Premessa*

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 egualitaria 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 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. *Normare (i diritti del) le persone*

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

¹Come giustamente osserva F. GIARDINA, *Commento all'art. 1 del Codice civile*, nel *Commentario al codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Modulo *Delle Persone*, a cura di A. BARBA-S. PAGLIANTINI, Torino, 2012, p. 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.

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 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

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-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, p. 1 ss., secondo il quale il Codice civile degli Stati moderni rappresenterebbe una "liturgia della visibilità della presenza sovrana" (p. 7), una "vicenda ontologica della sovranità", motore centrale del diritto civile, pur nella diversità delle varie esperienze europee (p. 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" (p. 21).

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

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 so-

– 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 *Dir. pen. e processo*, 2020, p. 1017; R. BILOTTA, *La discriminazione come fenomeno sistemico: una sfida per il diritto civile*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2020, p. 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 del 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”.

ciale 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 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, ecc.; e quello della donna alle prese con la gravidanza escluda le persone degli uomini e dei padri.

⁸ Può essere utile notare che il più recente orientamento dell'UE nella materia, rappresentato dalla direttiva 2019/2161/UE del 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, ecc.) 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 italiana di attuazione presenta 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, *Il diritto di avere diritti*, 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.

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, ecc.

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 egualitaria 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

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., p. 140.

¹² In tal senso andrebbe letto lo stesso art. 1 del codice civile italiano, che esprime questa concezione della persona fisica attraverso 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, p. 20; già ripreso da F. GIARDINA, *Commento all'art. 1*, cit., p. 14.

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 oc-

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, pp. 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, p. 14.

¹⁵ G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 829 ss.; e soprattutto G. MARINI, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, pp. 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, p. 749 ss., che usa tale figura retorica per rappresentare e contestare la narrazione proposta da R. 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

culta il valore emancipatorio che il concetto di soggetto di diritto e la sua astrattezza hanno avuto nel processo di superamento del modello feudale 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.

capacità della scienza giuridica civilistica di introiettare proprio attraverso il concetto di persona i valori della dignità e la cultura dei diritti fondamentali.

¹⁷ G. MARINI, *La giuridificazione della persona*, cit., p. 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'invadenza 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., p. 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., p. 72 ss., secondo la quale la vicenda del soggetto di diritto sia giunta al termine, almeno – precisa subito l'A.

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 modelli normativi che partono dalle differenze per costruire figure di identità plurali; ora di altri modelli che esprimono – contestualmente e a dispetto della frantumazione – variegate 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 percorso dal soggetto alle persone. Il pluralismo relazionale ed economico nella dimensione costituzionale*

Il cosiddetto passaggio *dal soggetto alla persona*, incarnato *in primis* nei diversi modelli del Codice civile e della Costituzione, non dà luogo dunque al su-

– 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.

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, p. 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.

peramento 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.

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, pp. 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 giogo 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 contrattualizzate. 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 importan-

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 principa-

te 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, pp. 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, pp. 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 adde E. BIVONA, *Gli accordi personali tra coniugi nella famiglia del ventunesimo secolo*, in U. SALANITRO (a cura di), *Quale diritto di famiglia*, cit., p. 181; E. BARGELLI, *Divorzio "privato" e prospettive dell'autonomia negoziale*, *ibidem*, p. 363.

²⁵ F.D. BUSNELLI, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 767; ma già ID., *La famiglia e l'arcipelago familiare*, *ibidem*, 2002, p. 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., p. 155.

²⁶ Ricostruisce lucidamente questo processo M.R. MARELLA, *Antropologia del soggetto di diritto*, cit., p. 78 ss., articolando le riflessioni sullo schema proposto da Duncan Kennedy in uno studio sulle diverse fasi di globalizzazione del diritto. Ma rinviemo di nuovo a S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, cit., *passim*; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 47; C. MAZZÙ, *Riflessioni sullo status tra passato e futuro*, in *Riv. not.*, 2009, p. 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.

le, 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.

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 vec-

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 l'omonimo contributo introduttivo di P. Barcellona e N. Lipari, p. 3; e poi i contributi di AA.VV., *Sistema creditizio e destinazione sociale del sovrappiù*, p. 98; *La casa come servizio sociale*, p. 150; L.V. MOSCARINI, *Mistificazione giuridica e interessi reali del lavoratore: un'ipotesi limite*, p. 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*, p. 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, p. 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 *Diritto amministrativo*, 2021, p. 587.

chie 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.

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.

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

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

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. GIARDI-

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. Segue: *il pluralismo esistenziale e lo sviluppo delle identità (nella dimensione familiare)*

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

NA, *Capacità*, cit., p. 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 propongono”.

³²Qui 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., p. 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”.

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 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

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., p. 61; e poi, nello stesso volume, F.D. BUSNELLI, *Per un’ermeneutica della famiglia moderna: l’idea del “rammendo”*, cit., p. 155. Osserva M.R. MARELLA, *Antropologia del soggetto*, cit., p. 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 gerarchicamente 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., p. 95; G. MARINI, *Diritto alla privacy*, nel *Commentario al codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Modulo *Delle Persone*, a cura di A. BARBA-S. PAGLIANTINI, Torino, 2013, pp. 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’inter-

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 salute 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

no 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, p. 831, e ID., *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in *Jus civile*, 2021, p. 870.

³⁶ È questa un'idea portante del pensiero di M.R. MARELLA, *Antropologia del soggetto*, cit., pp. 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-A. VERCELLONE (a cura di), *Diritto e persone LGBTQI+*, Torino, 2022, p. 37 ss. Ma su questo specifico aspetto, vedi oltre nel testo.

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

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

³⁸F.D. BUSNELLI, *Ai confini della soggettività*, cit., p. 55 ss., parla di soggettività per *specificazione, rifrazione, prefigurazione*, riferendosi, rispettivamente, ai soggetti deboli (anziani, disabili, ecc.); 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-F. RAIMONDI (a cura di), *Il soggetto di diritto*, cit., p. 19.

³⁹Doveroso il rinvio al *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ-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, p. 275.

⁴⁰La 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, p. 968; una sintetica impostazione critica del problema in A. AMENDOLA-M.R. MARELLA, *Editoriale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 1, 2022, p. 3, ancora sul tema della pluralizzazione delle identità e frammentazione della soggettività.

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.

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

⁴¹L’utilizzo di questa figura ‘astronomica’ è sinteticamente tratteggiato nel contributo di G. VIGGIANI, *Il penumbral reasoning nella giurisprudenza nordamericana*, in *Jura Gentium*, 2017, 2, p. 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 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 material*, a cura di R. TARCHI, Milano, 1999, p. 117; e più di recente A. DI MARTINO, *Donne, aborto e costituzione negli Stati Uniti d’America: sviluppi dell’ultimo triennio*, in *Nomos*, 2022, p. 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., p. 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.

⁴²G. MARINI, *Diritto alla privacy*, cit., p. 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.

suggeriscono prudenza⁴³. Il mio intento è piuttosto quello di sottolinearne 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 e la liberazione delle persone dai ruoli familiari

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 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”

⁴³ G. RESTA, *Dignità*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ-P. ZATTI, vol. I, Milano, 2010, p. 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, p. 117; G. REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 247; V. SCALISI, *L’ermeneutica della dignità*, Milano, 2018; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., pp. 140, 179 ss.; ID., *Antropologia dell’homo dignus*, in *Storia e memoria*, 2010, p. 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, p. 107.

⁴⁴ Sulle funzioni, a volte antagoniste, assegnate al principio della dignità, vedi M. MONTEROSSO, *Dignità umana e soggettività giuridica*, in F. BILOTTA-F. RAIMONDI (a cura di), *Il soggetto di diritto*, cit., pp. 77, 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 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.