

Rivista N°: 4/2021
DATA PUBBLICAZIONE: 09/12/2021

AUTORE: Cesare Pinelli*

“DIRITTO DI ESSERE SE STESSI” E “PIENO SVILUPPO DELLA PERSONA UMANA”**

“La struttura è libertà, produce il testo e nello stesso tempo la possibilità di tutti i testi virtuali che possono sostituirlo. Questa è la novità che sta nella idea della molteplicità «potenziale» implicita nella proposta di una letteratura che nasca dalle costrizioni che essa stessa sceglie e s’impone.[.....] L’automatismo per cui le regole del gioco generano l’opera si contrappone all’automatismo surrealista che fa appello al caso o all’inconscio cioè affida l’opera a determinazioni non padroneggiabili, cui non resta che obbedire. Si tratta insomma di opporre una costrizione scelta volontariamente alle costrizioni subite, imposte dall’ambiente (linguistiche, culturali, ecc.)”. I. Calvino, Introduzione a R. Queneau, Segni, cifre e lettere e altri saggi, Torino, Einaudi, 1981, XXII.

Sommario: 1. Le due locuzioni: risposte diverse alla stessa domanda. 2. La soggettività giuridica come invariante. 3. Il rapporto fra ‘concreto’ e ‘astratto’ in una costituzione post-totalitaria. 4. Le formazioni sociali quali basi effettuali dello svolgimento della personalità. 5. La libera individuazione del “pieno sviluppo della persona umana”. 6. Una critica all’idea di persona come maschera ineliminabile, e la sottostante visione del potere. 7. Il diritto di avere diritti da Arendt alla versione postmoderna. 8. Il diritto di essere se stessi come pretesa di individuazione giuridica dell’identità. 9. Autodeterminazione e connotazione relazionale della persona. 10. Etica, diritto e contesto sociale.

1. Le due locuzioni: risposte diverse alla stessa domanda.

Ambedue le locuzioni di cui si compone il titolo si propongono di rispondere alla domanda di come il diritto strutturi la combinazione fra identità umana e diritti fondamentali. E le risposte variano al di là della sede in cui sono state fornite, vale a dire testi recenti di giuristi e indirizzi giurisprudenziali per la prima locuzione, e la Costituzione per l’altra. Nelle prevalenti accezioni del “diritto di essere se stessi”, si avvertono concezioni etiche e mutamenti negli orizzonti della convivenza lontani da quelli rinvenibili in una formula come il “pieno sviluppo della

* Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell’Università La Sapienza di Roma.

** Relazione al Convegno AIC del 3-4 Dicembre 2021, Napoli.

persona umana”, pur visibilmente suscettibile di interpretazione evolutiva. D'altra parte, agli studiosi di un diritto che mantenga la pretesa di durare, e tanto più del principio personalista, ritenuto al vertice o al centro dell'ordinamento, spetta ancora apprezzare la portata delle sfide che incontra, e cercare fin dove l'interpretazione costituzionale possa spingersi senza tradire il senso del principio cui si riferisca.

2. La soggettività giuridica come invariante.

La distanza strutturale della figura del soggetto giuridico dalla identità umana era ben presente ai grandi giuristi di un secolo fa. Per Maurice Hauriou,

“La personalità giuridica individuale ci appare continua e identica a sé: nasce con l'uomo; si forma sin da subito; resta sempre la stessa per tutta l'esistenza; supporta senza cedimenti, nel corso degli anni, situazioni giuridiche immutabili; veglia mentre l'uomo dorme; resta salda mentre questi sragiona; talvolta si perpetua dopo la morte, dal momento che si danno dei successori quali continuatori della persona. Ora, nella realtà delle cose, le rappresentazioni e le volizioni degli uomini sono discontinue, mutevoli, contraddittorie; non soltanto non persistono nel medesimo oggetto, ma variano costantemente. Su questa fisionomia irrequieta, tumultuosa, indomita, agitata da tutti i capricci e tutte le passioni, fisionomia che è la faccia volitiva dell'uomo, il diritto ha applicato una maschera immobile. È grazie a un certo numero di finzioni e di istituzioni giuridiche accessorie che la personalità giuridica è giunta a separarsi dalla realtà cangiante delle rappresentazioni e delle volizioni umane, per assicurare la continuità e l'identità dei rapporti di diritto.”¹

Affrontando la questione dell'identità da altra prospettiva, Carlo Esposito riteneva dal canto suo che l'ipotesi di valutare sul piano etico la persona non direttamente, ma dalle opere, si scontrasse con la

“impossibilità di sottoporre a un unico giudizio la molteplice e varia attività di un individuo che fu bambino, e poi giovane e poi adulto e poi vecchio e compì con animo diverso infinite cose diverse, grandi e piccole, notevoli e indegne di nota, legate intimamente fra loro, per quanto egli mutasse di continuo e non si conservasse mai eguale a sé.”²

E d'altra parte, aggiungeva,

“le valutazioni estrinseche (cioè tutte quelle valutazioni che oggi si sogliono qualificare etiche), data la loro exteriorità, la loro limitatezza, i loro rapporti ad altra attività e date le

¹ M.Hauriou, *Il fondamento della personalità morale*,

² C.Esposito, *Lineamenti di una dottrina del diritto* (1930), in *Scritti giuridici scelti. I Filosofia del diritto e Teoria generale del diritto*, Napoli, Jovene, 1999, 162.

pretese che esse affacciano di fare valere sé stesse e i propri diritti di contro ad ogni altra attività, non si saprebbero caratterizzare altrimenti, seguendo vecchi concetti e vecchie denominazioni, che come valutazioni legalistiche degli uomini e delle cose e come un modo di vedere le cose sub specie juris.”³

Nelle versioni riportate, gli attributi tradizionalmente ascritti alla soggettività giuridica trascendevano le mutevoli espressioni dell'identità individuale non quali concetti ritenuti ad esse superiori in base ai paradigmi scientifici allora dominanti, ma quali strumenti ritenuti necessari a fini stipulativi, pur nella loro intrinseca limitatezza euristica. Questo motivo fondamentale potrebbe esser andato perduto in sede scientifica con l'abbandono della tradizionale visione del soggetto giuridico, ritenuta asfittica e formalistica. Non credo possa ipotizzarsi lo stesso per quanto riguarda il diritto costituzionale, nonostante gli si sia sovente ascritta la funzione di aver rotto quella tradizione.

3. Il rapporto fra 'concreto' e 'astratto' in una costituzione post-totalitaria.

La trama della soggettività giuridica risultante dalla legislazione, soprattutto dal codice civile, affiora in Costituzione col richiamo alla “capacità giuridica”, alla “cittadinanza” e al “nome”. Che serve solo a porre un divieto: “nessuno” può esserne privato “per motivi politici” (art. 22). Nell'età dell'innocenza del liberalismo, la discrezionalità del legislatore poteva essere assoluta anche in materia. Dopo il totalitarismo, occorre porre un argine al potere pubblico, a partire dal potere normativo di modificare i segni minimi di riconoscibilità dell'identità individuale per motivi politici⁴.

L'espressione ‘capacità giuridica’, che risente di categorie giuridiche coeve alla redazione del codice civile, dovrebbe oggi intendersi “comprensiva di tutti gli aspetti della persona, e di tutti i diritti e i doveri, le situazioni soggettive, di cui essa è titolare di per sé. Non si potranno quindi ammettere riduzioni della capacità; se si accoglie la distinzione tra capacità giuridica e capacità di agire, saranno ammissibili le limitazioni a quest'ultima solo là dove non siano in conflitto con la natura e la dignità della persona e con il principio di eguaglianza”. Corrispondentemente, l'inciso “per motivi politici” non consentirebbe “limitazioni o restrizioni dettate da ragioni diverse da quelle ‘politiche’, ché anzi proprio quella specificazione vale a precisare che ‘neppure’ per motivi politici tali restrizioni sarebbero ammissibili”⁵.

Il testo indirizza tuttavia il divieto al “privare” (non al mero restringere o limitare) chiunque per motivi politici della capacità giuridica, della cittadinanza e del nome, in corrispondenza col carattere elementare, e condizionante, di queste nozioni. La disciplina che ne

³ C. Esposito, *Lineamenti*, cit., 167.

⁴ Così come è fatto divieto di restringere la libertà di circolazione per “ragioni politiche” (art. 16, primo comma, secondo periodo), nonché per altro verso di ammettere l'estradizione “per reati politici” (art. 26, secondo comma).

⁵ G. Alpa, *Il diritto di essere se stessi*, Milano, La nave di Teseo, 2021, 160.

discende potrebbe pertanto prevedere restrizioni o limitazioni, ovviamente a condizione che non incorrano in vizi di legittimità costituzionale. Lo stesso vale per la cittadinanza e il nome: una questione relativa alla mancata previsione del mantenimento del cognome in sede di rettifica degli atti dello stato civile, ove intervenuta per ragioni indipendenti dal soggetto cui si riferisce, sarà per esempio ritenuta dalla Corte lesiva dell'art 2, perché la possibilità per il singolo di continuare ad essere riconosciuto in virtù di quel segno distintivo è "parte essenziale ed irrinunciabile della personalità" e come tale un suo diritto inviolabile (sent.n. 13 del 1994).

Cosa diversa è il privare per motivi politici chiunque, ossia l'uomo in quanto tale, dei segni distintivi che ne garantiscano la elementare riconoscibilità, i quali perciò corrispondono a nozioni giuridiche necessariamente generali e astratte, e utili proprio perché tali a stabilire un argine nei confronti di un legislatore che potrebbe farsi pericolosamente concreto.

Una privazione del genere ricorda la situazione descritta all'epoca della redazione del testo da Hannah Arendt:

"Ci siamo accorti dell'esistenza di un diritto ad avere diritti (e ciò significa vivere in una struttura in cui si è giudicati per le proprie azioni e opinioni) solo quando sono comparsi milioni di individui che lo avevano perso e non potevano riacquistarlo a causa della nuova organizzazione globale del mondo. Questa sventura non derivava dai noti mali della mancanza di civiltà, dell'arretratezza e della tirannide; e non le si poteva porre rimedio perché non c'erano più sulla terra luoghi da 'civilizzare', perché, volere o no, vivevamo ormai realmente in un 'unico mondo'. Solo perché l'umanità era completamente organizzata la perdita della patria e dello status politico poteva identificarsi con l'espulsione dall'umanità stessa"⁶.

Arendt riferiva dunque il "diritto ad avere diritti" ai profughi di guerra. La loro disgrazia non consisteva "nell'essere privati della vita, della libertà, del perseguimento della felicità, dell'eguaglianza di fronte alla legge e della libertà di opinione (formule intese a risolvere i problemi nell'ambito di determinate comunità), ma nel non appartenere più ad alcuna comunità di sorta, nel fatto che per essi non esiste più nessuna legge, che nessuno desidera più nemmeno opprimerli"⁷. La condizione di un uomo ormai estraneo alla patria d'origine e non integrabile in un altro paese "non aveva nulla a che fare con problemi materiali di sovrappopolamento; non era un problema di spazio, ma di organizzazione politica"⁸, e induceva Arendt a sostenere che i diritti umani non potessero concepirsi al di fuori di una comunità politica, in contrasto con la concezione nel frattempo emersa nella Dichiarazione Universale del 1948 e nelle nuove Costituzioni europee sulla scorta dell'affermazione del principio di dignità.

⁶ H. Arendt, *Le origini del totalitarismo* (1951), Comunità, Milano, 1967, 410.

⁷ H. Arendt, *Le origini*, cit., 411.

⁸ H. Arendt, *Le origini*, cit., 407.

Nel frattempo, a premessa di un saggio scritto in reazione alla teoria nazista del diritto internazionale come diritto dei popoli, Franz Neumann aveva avvertito: “Le pagine che seguono potrebbero essere intitolate: in difesa della sovranità dello stato”⁹.

Al di là delle diverse concezioni filosofiche, l'art. 22 costituiva la risposta dell'Italia a una questione così posta. Dove il richiamo a nozioni giuridiche tradizionali era meno importante del loro carattere generale e astratto, e prima ancora artificiale. Il costituzionalismo post-totalitario non rigettava lo stato, né faceva a meno delle nozioni giuridiche che con esso erano state forgiate. Solo che le impiegava in un quadro diverso da quella “sovranità solipsistica” di cui aveva parlato fra gli altri Kelsen. Le impiegava come intelaiature necessarie allo svolgimento di una convivenza orientata da certi principi. Non a caso la Costituzione ha fatto ricorso ad istituti che somigliano a materiali di riporto di epoche precedenti, e che a contatto coi principi sono stati riutilizzati per rendere effettivi questi ultimi¹⁰.

Abbandonare l'ideologia statualistica, sul versante interno non meno che sul versante internazionale, non significava in definitiva perdere di vista le buone ragioni di un ordine basato su stipulazioni convenzionalmente assunte, con quella misura di astrattezza senza la quale non sarebbe nemmeno pensabile.

Allo stesso modo, l'individuazione del canone della ragionevolezza a partire dal principio di eguaglianza formale non ha superato la risalente interpretazione che si limitava a scorgervi il precetto di pari forza di legge¹¹, ma vi si è aggiunta, riferendosi a un profilo diverso da quello dell'efficacia normativa. Già Heller aveva ammesso che nemmeno lo Stato assoluto poteva ritenersi strumento di oppressione della classe dominante, poiché la concentrazione della legislazione nelle mani del sovrano “era stata necessariamente collegata ad un'uguaglianza giuridica più o meno grande”¹². E la correlazione di una almeno minima misura di astrattezza alla garanzia dell'eguaglianza è rimasta fra le acquisizioni della scienza giuridica contemporanea¹³.

Il congedo dal modello di “etnia bianco, di matrice europea, cristiana, maschile, eterosessuale”¹⁴ che traspariva dall'involucro del soggetto giuridico, o “dall'immagine del soggetto presupposta dal liberalismo politico e giuridico”¹⁵, ha dunque coinvolto l'involucro solo fino al punto in cui non serviva ad altro: a garantire tutti, proprio in virtù della sua astrazione,

⁹ F. Neumann, *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo* (1942), Milano, Feltrinelli, 1977, 164.

¹⁰ Per ulteriori sviluppi si può vedere C. Pinelli, *Principi, regole, istituti*, in *Studi on. Silvestri*, II, Torino, Giappichelli, 2016, 1770.

¹¹ Ancora sostenuta da C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, 30, ove afferma che “la disposizione sulla eguaglianza, in principio, non disciplina il contenuto delle leggi, ma sibbene ne definisce in modo incontrovertibile la forza e l'efficacia”.

¹² H. Heller, *Dottrina dello Stato* (1934), Napoli, ESI, 1988, 212.

¹³ Significativamente, secondo G. Marini, *Trasformare la critica: l'eredità di Stefano Rodotà (in margine a “Vivere la democrazia”)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, 620, “Il recupero dell'eguaglianza, nella visione di Rodotà, non significa mai abbandono dei benefici della forma, ma collegamento con il contesto nel quale sono collocati gli esseri umani”.

¹⁴ R. Romanelli, *Nelle mani del popolo. Le fragili fondamenta della politica moderna*, Roma, Donzelli, 2021, 265.

¹⁵ A. Schillaci, *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati Uniti*, Jovene, Napoli, 2018, 139.

da pericolose concretizzazioni del potere politico, che una volta varcata la soglia della sfera interna avevano assoggettato le coscienze riducendo gli uomini ad automi.

Questo riassetto faceva salve le buone ragioni dell'ordine convenzionale nel momento in cui orientava la convivenza verso nuovi principi. Ed è tuttora opponibile al mantra post-moderno della demistificazione, che cerca ciecamente sempre nuovi bersagli: non solo quello più facile del soggetto giuridico astratto del liberalismo, ma anche, come vedremo, l'idea di persona inscrivibile nell'orizzonte del costituzionalismo post-totalitario.

4. Le formazioni sociali quali basi effettuali dello svolgimento della personalità

Nella Costituzione la stessa minima riconoscibilità dell'individuo non è più vista *ex parte principis*, bensì quale base di quella "vita di relazione" alla cui luce, ad esempio, l'attribuzione non voluta di un nuovo cognome contrasta con l'art. 2 Cost. (sent.n. 13 del 1994). L'espresso richiamo alle "formazioni sociali in cui si svolge la [sua] personalità" dell'uomo è così riferibile alla sua intera vita di relazione, senza la quale la sua personalità semplicemente non potrebbe svolgersi.

Il criterio consente di individuare le formazioni sociali in assenza della loro elencazione tassativa per cui tanto si era speso La Pira, e riflette il congedo da una visione del diritto ancora "rivé au mode d'appréhension cartésien de la réalité psychique", che postula sempre "une substance entrant secondairement en relation avec des êtres analogues, chacun se tenant en soi et pour soi"¹⁶.

L'interpretazione a lungo dominante dell'art. 2 si è infatti basata sull'alternativa per cui o si è individui o si è membri di una comunità: le concezioni relazionali della natura umana che tentano "di superare in una superiore visione tanto l'individualismo quanto l'organicismo" sono accusate di trascurare che "quando si crea una tensione insopportabile tra l'individuo e la comunità (dalla più piccola alla più grande), la grande dicotomia riappare, sempre e di nuovo, nella storia delle umane società, con la sua forza distruttiva"¹⁷: come mostrerebbe la giurisprudenza sui temi della famiglia, della bioetica e della libertà religiosa, la polivalenza del concetto di dignità può "portare argomenti sia a favore dei diritti individuali, potenziando così l'area della *privacy*, sia a favore della dimensione sociale della vita dei singoli, aprendo così la via all'ingerenza di poteri comunitari"¹⁸.

Affermare il carattere relazionale della identità umana non ha però nulla a che vedere, come viene adombrato, con un tentativo di sintesi hegeliana della "grande dicotomia". Non solo perché, a differenza dei poli della dicotomia, solo per altri versi opposti, l'identità del soggetto non viene più a fondarsi su una sostanza. Ma perché storicamente costituisce il punto di approdo del costituzionalismo post-totalitario, che per noi può muovere dalla constatazione che la Costituzione, garantendo i diritti inviolabili dell'uomo non solo in quanto singo-

¹⁶ D.Bourg, *Sujet, personne, individu*, in *Droits*, 1991, 92.

¹⁷ G. Zagrebelsky, *Modi d'intendere l'interpretazione della Costituzione* (1986), in *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, il Mulino, Bologna, 2009, 281.

¹⁸ G. Zagrebelsky, *Modi d'intendere*, cit., 283.

lo, ma anche “nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità”, presuppone che “la sua personalità” non si svolga nel vuoto dell'*unencumbered self*, ma attraverso (e quindi grazie a) un tessuto relazionale, assicurato da comunità di cui pure la stessa Costituzione si guarda dal fornire elenchi chiusi o organicisticamente preordinati.

In base al testo, non si saprebbe come l'uomo possa “svolgere la sua personalità” come singolo: può svolgerla solo in formazioni sociali. E la stessa Corte ha esplicitamente affermato che i diritti di libertà sono riconosciuti “in relazione alla tutela e allo sviluppo del valore della persona e tale valore fa riferimento non all'individuo isolato, ma a una persona titolare di diritti e doveri e, come tale, inserita in relazioni sociali.” (sent.n. 141 del 2019). Una personalità che non si svolge in formazioni sociali non può svolgersi da nessuna parte, così perdendo anche la sua estensione diacronica. Cosa resta di una personalità priva di riferimenti nello spazio e nel tempo? Fra un'identità come *ipse*, che cerca il sé attraverso le continue relazioni intrattenute con gli altri nel corso del tempo, e un'identità come *idem*, che pretende un sé ontologicamente identico nel corso del tempo¹⁹, la Costituzione ha optato per la prima.

La scelta non implica un annullamento dell'uomo nelle formazioni sociali, poiché il limite così ricavato investe soltanto l'ipotesi di un “uomo” che, come “singolo”, non svolga in formazioni sociali la sua personalità. Ma il “singolo” è inserito nel continuo processo relazionale dello svolgimento della sua personalità. Che, possiamo ora aggiungere, è cosa diversa dal “pieno sviluppo della persona umana” di cui parla il secondo comma dell'art. 3, anzitutto perché si riferisce alla dimensione epistemologica dell'identità anziché a un valore. D'altra parte, più orientiamo immediatamente in senso assiologico la riflessione sulle formazioni sociali, più sacrificiamo la dimensione epistemologica dell'identità individuale su cui si addensa una parte importante dei problemi dei diritti inviolabili del nostro tempo. Mi riferisco al rapporto fra 'interno' ed 'esterno' dell'uomo.

Una tradizione risalente ad Hobbes e a Spinoza e poi variamente confermata, da Kant a Stuart Mill, aveva visto nella libertà di pensiero il presupposto naturalmente inviolabile di tutte le altre libertà, proprio perché interiore e pertanto non raggiungibile dal potere²⁰. E corrispondentemente poteva affermarsi fino a tempi recenti che “il sentimento è una figura che non è mai stata tematicamente studiata *sub specie iuris*. Mentre non di rado filosofi e teorici del diritto hanno affermato la essenziale rilevanza che il sentimento può avere per la concezione generale del diritto e per le metodologie giuridiche generali, questa rilevanza [...] non è mai stata indagata dall'interno degli ordinamenti positivi. La conseguenza è che per la teoria generale del diritto non si è mai posta l'esigenza di categorie dogmatiche per fenomeni di sentimento che siano fenomeni giuridici propriamente detti”²¹.

¹⁹ Questa fondamentale distinzione risale a P.Ricoeur, *Sé come un altro* (1990), Milano, Jaca Book, 2005, 76 ss.

²⁰ Ma in senso contrario alla tesi dell'incoercibilità e impenetrabilità del pensiero A.C.Jemolo, *I problemi pratici della libertà*, Milano, Giuffrè, 1972, 48, anche sulla scorta di esempi storici quali “i processi inquisitori dove si esigeva dall'accusato il giuramento religioso di dire la verità e poi lo s'interrogava sulle sue credenze”.

²¹ A.Falzea, *I fatti di sentimento*, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, VI, Napoli, Jovene, 1972, 318 ss

Ma nel frattempo il totalitarismo aveva segnato uno spartiacque. Perché fu allora che gli uomini rinunciarono “al più alto privilegio umano. Essi hanno cessato di essere agenti liberi e personali. Compiendo gli stessi riti prescritti, essi cominciano a sentire, a pensare e a parlare tutti nello stesso modo”²². Il pensiero poteva essere dunque indirizzato dall'esterno, non era più da considerarsi qualcosa di naturalmente incoercibile.

L'individuazione nelle formazioni sociali dei soli luoghi in cui si svolge la personalità merita di essere apprezzata anche in questa prospettiva. Perché la modificazione del confine fra esterno e interno intervenuta col totalitarismo comportava una corrispondente estensione della protezione giuridica ai processi di formazione del pensiero.

Questa matrice storica aiuta a spiegare, senza esaurirne la portata, la tendenza a ridiscutere, “per la dose soverchia di fiducia che ripone nella capacità reattiva umana, la tesi d'una incapacità anche *de facto* di qual si voglia costrizione estrinseca di aver presa sull'intima coscienza del soggetto che su di sé venga a soffrirla”²³. La tendenza ha fatto molta strada²⁴, anche perché la fiducia nella capacità reattiva umana è stata ulteriormente smentita dall'ascesa di poteri privati che hanno costruito le loro fortune proprio sulla possibilità di sfruttare inclinazioni sentimenti e preferenze maturate all'interno della coscienza ma ricavabili induttivamente grazie a un sempre più sofisticato strumentario tecnico.

Del resto la stessa giurisprudenza costituzionale testimonia da tempo la necessità di ricercare un equilibrio, inevitabilmente variabile a seconda dei casi, fra l'insufficienza di un approccio basato sull'astensionismo dell'apparato pubblico e la consapevolezza dei limiti che comunque debbono continuare a caratterizzarne l'azione²⁵. Si tratti di “ricomporre l'equilibrio tra soma e psiche” (sent.n. 161 del 1985, sui transessuali), di risarcire il danno biologico anche con riguardo “alla sfera spirituale, culturale, affettiva, sociale, sportiva e ad ogni altro ambito e modo in cui il soggetto svolge la sua personalità” (sentt.nn. 184 del 1986 e 356 del 1991), di rispettare il “tempo della maturazione di un profondo convincimento religioso (ovvero morale e filosofico)” (sent.n. 467 del 1991 sull'obiezione di coscienza).

Quanto detto sui processi di formazione dell'identità individuale non toglie che riconoscimento e garanzia dei diritti inviolabili siano riferiti dalla Costituzione ai singoli. Il che si spiega anche per la contestuale richiesta di adempimento di doveri inderogabili, e necessariamente individuali. Perché, allora, l'inciso sulle formazioni sociali rimane importante al di là della legittimazione accordata al pluralismo dei corpi intermedi? Per quali ragioni la Costituzione avrebbe attribuito rilevanza giuridica a quella varietà di sfaccettature dell'identità (necessariamente) relazionale, come abbiamo visto all'inizio già avvertite, ma giocoforza relegate nella sfera fattuale, allorché il soggetto giuridico era costruito come una maschera onnicomprensiva? Allo scopo, dobbiamo guardare al “pieno sviluppo della persona umana”.

²² E.Cassirer, *Il mito dello Stato* (1945), Milano, Longanesi, 1971, 483.

²³ P.Bellini, *Il diritto d'essere se stessi. Discorrendo dell'idea di laicità*, Torino, Giappichelli, 2007, 123.

²⁴ Quanto al diritto penale cfr. F.Bacco, *Sentimenti e tutela penale: alla ricerca di una dimensione liberale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2010, 1196 ss.

²⁵ Sul tema v. ancora, con fini notazioni, P.Bellini, *Il diritto d'essere se stessi*, cit., 118 ss.

5. La libera individuazione del “pieno sviluppo della persona umana”.

Il rapporto fra garanzia e riconoscimento dei diritti inviolabili e compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico sociale al pieno sviluppo della persona è stato storicamente oggetto di diverse letture, da quelle volte a cogliervi un'ontologica contrapposizione fra 'Stato di diritto' e 'Stato sociale' a tentativi di scioglierne la reciproca tensione nel richiamo al superiore valore della persona.

Qui vale piuttosto la pena di esaminare le prospettive da cui la persona viene rispettivamente riguardata. Nel primo caso, lo abbiamo visto, rileva come 'personalità', o identità, che di fatto non può formarsi se non in relazione con altre, così esprimendosi una presunzione di fatto che concorre a richiedere il compito di garantire e riconoscere i diritti inviolabili anche “nelle formazioni sociali”. Nell'altro il “pieno sviluppo della persona umana” non è un diritto garantito, bensì l'approdo di un processo nel quale sono presenti un'altra presunzione di fatto, la sussistenza di ostacoli di ordine economico e sociale a quello sviluppo, e un altro compito della Repubblica, quello di rimuovere tali ostacoli. Che non mira a indirizzare paternalisticamente la persona umana verso un approdo precostituito, bensì a lasciare a ciascuno la scelta dell'approdo preferito, ossia l'interpretazione del proprio “pieno sviluppo”, compreso il tipo di rapporto fra ragione e sentimento o quello fra soma e psiche oggi al centro di tante controversie. La valenza assiologica dell'enunciato non va tanto riferita perciò alla persona, e nemmeno al suo “pieno sviluppo”, ma alla libertà, a ciascuno riconosciuta e garantita anche grazie alla rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale, di individuare quel “pieno sviluppo”²⁶.

Diversamente, del resto, la priorità della persona rispetto allo Stato, affermata con successo dai Costituenti cattolici fino a divenire comune acquisizione dell'Assemblea, sarebbe stata contraddetta in maniera flagrante. Ma un pieno sviluppo lasciato all'interpretazione di ciascuno si riflette pure, a ritroso, sui compiti della Repubblica e sui doveri inderogabili. Che non promettono un'armonia ultima, ma continuano a costellare un permanente dover essere costituzionale, proprio perché i processi di sviluppo della persona umana, non meno dei processi di individuazione della personalità/identità nelle formazioni sociali e di partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione della vita pubblica, debbono restare aperti: continuando per ciò stesso a creare conflitti di ogni tipo e a riproporre le esigenze che stanno esplicitamente dietro alla preposizione di certi compiti in capo alla Repubblica e di certi doveri in capo ai suoi cittadini.

La Costituzione non pretende di plasmare una società di persone. Ne presuppone al contrario l'incessante mutamento, limitandosi a fissare funzioni e compiti pubblici ritenuti in grado di orientarlo verso i principi che essa enuncia. Non va oltre, per la stessa ragione per cui lascia a ciascuno l'interpretazione del “pieno sviluppo della persona umana”.

Alla Costituente la I Sottocommissione aveva approvato un articolo proposto dall'on. La Pira, che avrebbe dovuto precedere il catalogo dei diritti di libertà, secondo cui

²⁶ In questo senso G.Marini, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche dei diritti della personalità*, in *Riv.dir.civ.*, 2006, 370.

“l'autonomia dell'uomo e le singole libertà in cui essa si concreta...debbono essere esercitate per l'affermazione ed il perfezionamento della persona in armonia con le esigenze del bene comune e per il continuo incremento di esso nella solidarietà sociale. Pertanto ogni libertà è fondamento di responsabilità”. Ma il testo fu poi eliminato dal Comitato di redazione²⁷: una tendenza a finalizzare le libertà poteva riuscire pericolosa, anche se per i proponenti la Costituzione si rivolgeva alla persona, e non solo allo Stato²⁸. Il silenzio sull'uso della libertà scongiura al massimo grado il rischio di ogni giudizio calato dall'alto.

6. Una critica all'idea di persona come maschera ineliminabile, e la sottostante visione del potere.

Secondo un'opinione molto diffusa fra i giuristi, il ricorso della Costituzione alla nozione di persona avrebbe contribuito decisamente a liberare il soggetto giuridico dall'astrattezza che lo caratterizzava all'epoca dell'affermazione della dommatica, anzitutto giusprivatistica. E proprio su questa premessa hanno trovato spazio, come vedremo, le correnti formule del 'diritto di avere diritti' e del 'diritto di essere se stessi'.

Più articolate appaiono le posizioni dei filosofi, per alcuni dei quali la nozione di persona ricavabile dal costituzionalismo e dall'universalismo presenterebbe una strutturale antinomia, rimandando “insieme alla maschera e al volto, alla immagine e alla sostanza, alla finzione e alla realtà”²⁹, con la conseguenza che, nonostante una “montante retorica dell'impegno umanitario”, “la vita umana resta ampiamente al di fuori della tutela del diritto”³⁰. Storicamente, si aggiunge, il ricorso alla nozione di persona si spiega come reazione della cultura democratica allo “schiacciamento del soggetto sulla propria sostanza biologica” proprio della concezione biopolitica del nazismo: una reazione grazie a cui “Alla assoluta immanenza dello ‘spirito della razza’ rispetto al corpo, individuale e collettivo, cui immediatamente ineriva, rispondeva la trascendenza, o almeno la trascendentalità, del soggetto personale nei confronti del suo essere biologico”³¹.

Che “l'umanizzazione” del diritto non sia riuscita a tutelare la vita umana, è affermazione poco avvertita di una consapevolezza dei limiti del diritto che comincia con un testo rimasto nella memoria profonda dei giuristi italiani. Dove si riferiva che se la catastrofe aveva dimostrato, “con la efficacia che solo la storia dà alle dimostrazioni, la mancanza di fondamento e di principio degli ordinamenti giuridici contemporanei, la loro singolare e caratteristica vacuità, che si prestava a qualunque attentato, e poteva riempirsi delle correnti più ne-

²⁷ I Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, Seduta del 1° ottobre 1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, vol. VI, Camera dei deputati, Segretariato Generale, Roma, 1971, 467.

²⁸ L.Elia, *Cultura e partiti alla Costituente: le basi della democrazia repubblicana* (1981), ora in L.Elia, *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2009, 304-305.

²⁹ R.Esposito, *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Torino, Einaudi, 2007, 92.

³⁰ R.Esposito, *Terza persona*, cit., 91.

³¹ R.Esposito, *Terza persona*, cit., 108.

gative, e servire agli scopi più negativi della umanità della vita”, la Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo rifletteva per contro “intuizioni vive della coscienza pratica della parte più viva dell’umanità”, impedendo di scambiare “questo concretissimo documento per uno dei soliti e morti cataloghi di diritti naturali, cari agli addottrinati di altri tempi”³².

Più specificamente la Costituzione scongiura il paradosso che il tentativo di “umanizzare” il diritto col ricorso alla figura della persona rimandi alla maschera anziché al volto con una distinzione tra la sfera esterna, dove si afferma l’esigenza di imputazione necessariamente formale di diritti inviolabili e doveri inderogabili, e quella interna, dove si presume che, garantiti i diritti inviolabili, adempiuti i doveri inderogabili e rimossi gli ostacoli di ordine economico e sociale, ciascuno sia posto in grado di individuare e di realizzare la propria visione del “pieno sviluppo della persona umana”. La Corte lo ha ritenuto “fine ultimo dell’organizzazione sociale” (167 del 1999), e valore che “si pone al centro dell’ordinamento costituzionale” (sent.n. 219 del 2008). L’importante, comunque, è la presunzione giuridica che ciascuno sia posto in grado di individuare e realizzare quella visione. Perché, ammesso che qualcuno ci sia effettivamente riuscito, neanche per un minuto potrà interrompersi la dinamica relazionale presupposta dalla Costituzione.

La distinzione così delineata tra sfera interna ed esterna va oltre una concezione o un’ideologia che il testo si limiterebbe a rispecchiare. Ancora di recente uno storico del diritto americano, muovendo dalla circostanza che il primo riconoscimento della dignità della persona risale al Preambolo della Costituzione irlandese del 1937, redatta sotto l’influenza della Chiesa cattolica, ha parlato di un “costituzionalismo religioso” affermatosi nell’Europa del secondo dopoguerra, nel quale la concezione dei diritti e il secolarismo politico risalenti alla Rivoluzione francese venivano visti con diffidenza, se non quale preludio del totalitarismo³³. L’innegabile ruolo delle ideologie costituzionali nella formazione di quei testi è tuttavia cosa ben diversa dalla mera trasposizione. E se possiamo ritenere, secondo un’interpretazione peraltro consolidata, che la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale venga preordinata al fine di consentire a ciascuno di individuare e perseguire la propria visione di “pieno sviluppo della persona”, il raggio delle concezioni della persona che viene così dischiuso dovrà ritenersi amplissimo, in quanto comprensivo di tutte le concezioni che non ne comportino l’autodistruzione. In particolare la nozione costituzionale di persona non comporta affatto che il corpo sia pensato come cosa, a differenza di chi vi ha visto il mero riflesso di certe concezioni filosofiche³⁴.

Si direbbe piuttosto che questo tipo di critica alla nozione di persona riveli

“il vuoto teorico ed etico lasciato dai semplificatori del pensiero dei ‘maestri del sospetto’ (Marx, Nietzsche e Freud), di quanti cioè, esasperando la giusta polemica anti-

³² G.Capograssi, *Il diritto dopo la catastrofe*, (1950), in *Opere*, V, Giuffrè, Milano, 1959, risp. 193 e 194 sub (1).

³³ S.Moyn, *The Secret History of Constitutional Dignity*, in *Yale Human Rights and Development Journal*, 2014, Vol. 17, 22.

³⁴ R.Esposito, *Terza persona*, cit., 113.

idealistica contro il primato assoluto della coscienza, hanno unilateralmente favorito l'idea che contassero solo quelle forze che agiscono alle spalle degli uomini: le potenze economiche, la 'grande ragione' del corpo, l'Inconscio o l'Es. In questo modo, essi hanno delegittimato il ruolo della coscienza e deresponsabilizzato gli individui, ponendoli alla mercè di potenze anonime o di capi che non rispondono a nessuno delle loro decisioni"³⁵.

Nell'ambito della riflessione filosofica sulla natura delle persone, l'idea di "un dispositivo di potere che passa misteriosamente sopra la coscienza e la libertà di chi pensa" equivarrebbe dunque a rinunciare "a quella responsabilità nell'uso del linguaggio che consiste nell'impegno a rispondere in prima persona della plausibilità di ciò che si afferma"³⁶. Lo stesso termine 'dispositivo' fu adoperato

"per descrivere ogni sorta di strumento di controllo e sottomissione, da parte di un'ignota potenza chiamata «il sistema» o «il potere», nei confronti di un'ancor più inafferrabile potenza repressa, rimossa, emarginata, esclusa da ogni diritto, che negli anni Settanta Foucault aveva cominciato a chiamare «vita». Risale a quegli anni l'idea che la posta in gioco della lotta politica sia diventata «la vita», e che la politica sia divenuta «biopolitica»"³⁷.

Ma le riflessioni di Foucault sulla biopolitica hanno lasciato tracce anche fra i giuristi. Almeno fra quanti vedono nelle nozioni costituzionali di persona e di dignità "ormai uno degli elementi fondativi di un costituzionalismo volto proprio a sottrarre la persona alla prepotenza della biopolitica"³⁸, sul presupposto che Foucault non indaga questa categoria in forme astratte, "ma la riporta alla realtà degli strumenti e delle istituzioni di cui il potere concretamente si serve, dall'ospedale al carcere"³⁹. Eppure uno studio apposito ha considerato il discorso di Foucault sul potere una "foresta incolta e sovraccarica" e una "nebulosa mutante"⁴⁰, senza contare che, se c'è un luogo in cui viene ad addensarsi, è proprio il circuito normativo proprio degli apparati statali⁴¹. Tanto più arduo appare, per quanto si è già riportato, il tentativo di conciliarlo col costituzionalismo repubblicano.

7. Il diritto di avere diritti da Arendt alla versione postmoderna.

³⁵ R.Bodei, *Destini personali. L'età della colonizzazione delle coscienze*, Milano, Feltrinelli, 2002, 251-2. La formula 'maestri del sospetto' risale a P.Ricoeur, *Sé come un altro*, Milano, Jaca Book, 1993.

³⁶ R.De Monticelli, *La novità di ognuno. Persona e libertà*, Milano, Garzanti, 2009, 66.

³⁷ R.De Monticelli, *La novità di ognuno*, cit., 65.

³⁸ S.Rodotà, *Foucault e le trasformazioni del potere*, Roma, GEDI, 2019, 14. Più vicino alla posizione di Roberto Esposito è P.Zatti, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, Giuffrè, 2009, 100 ss., e 107, dove ragiona di un diritto positivo "oggi fortunatamente anche se purtroppo blandamente condizionato dalle grandi dichiarazioni internazionali e dai principi del diritto costituzionale".

³⁹ S.Rodotà, *Foucault*, cit., 7-8.

⁴⁰ M.Brigaglia, *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 1.

⁴¹ M.Brigaglia, *Potere*, cit., 231.

Pur insistendo su aree semantiche non coincidenti, le formule “diritto di essere se stessi” e “diritto di avere diritti” appartengono alla stessa famiglia concettuale, specie se confrontata a quella del “pieno sviluppo della persona umana”.

Il salto più spettacolare è toccato alla formula “diritto di avere diritti”, che Hannah Arendt aveva riferito come si è detto ai profughi di guerra, e provvisto di una valenza etica tale da porsi in attrito con le concezioni universalistiche della dignità e dei diritti umani: “Il diritto ad avere diritti, o il diritto di ogni individuo ad appartenere all’umanità, dovrebbe essere garantito dall’umanità stessa”⁴².

Di recente giuristi e giudici si sono impossessati della formula, anche facendo leva su una versione sempre più pervasiva del principio di dignità, affermato nelle Costituzioni post-totalitarie, a lungo sottovalutato⁴³, e infine rielaborato quale orizzonte di senso del costituzionalismo fino a far parlare talora di una “età della dignità”⁴⁴, o di una “rivoluzione della dignità”⁴⁵. Il diritto di avere diritti è stato così esteso a quanti si trovano marginalizzati nella loro identità, alle minoranze, a chi è privo di potere, e in definitiva ad ogni contesto di esclusione sociale⁴⁶. In Italia la sua fortuna si deve a Stefano Rodotà, nel cui pensiero “la proiezione oltre ogni confine di una persona accompagnata da un nucleo inscalfibile di diritti definisce una dimensione costituzionale globale che sfugge a chi continua a usare solo le categorie della sovranità nazionale o del tradizionale intervento giudiziario”⁴⁷.

La connessione della versione postmoderna del diritto di avere diritti al principio di dignità risulta tuttavia meno pacifica di quanto sembri a prima vista.

Le opinioni sui discorsi giurisprudenziali sulla dignità umana sono certo disparate. Per alcuni vengono di regola utilizzati a vantaggio del ricco e del potente, non delle classi subalterne più attratte dai richiami alla solidarietà e alla protezione sociale⁴⁸, nonostante il Tribunale Costituzionale tedesco abbia basato sul principio di dignità un diritto fondamentale al salario di sussistenza garantito⁴⁹. Per altri, all’opposto, nelle mani dei giudici la dignità funzionerebbe come un paradigma paternalistico che mette a repentaglio la libertà individuale⁵⁰, anche se una decisione della Corte europea dei diritti dell’uomo sullo stupro coniugale vi ha ricavato la necessità che il consenso al rapporto sessuale sia sempre rinnovato nell’ambito

⁴² H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, cit., 413.

⁴³ U. Vincenti, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, Laterza, 2009, 117 ss.

⁴⁴ C. Dupré, *The Age of Dignity. Human Rights and Constitutionalism in Europe*, Hart, Oxford and Portland, 2015.

⁴⁵ S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, Napoli, La Scuola di Pitagora, 2013.

⁴⁶ N. Oudejans, *The Right to Have Rights as the Right to Asylum*, in *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2014, n. 43, 7-8.

⁴⁷ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 72-73.

⁴⁸ R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2007, 54.

⁴⁹ Decisione del 9 Febbraio 2010, *Hartz IV*, su cui v. C. Bittner, *Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court’s Judgement of 9 February 2010*, in *German Law Journal*, Vol. 12 N. 11, 2011, 1941 ss.

⁵⁰ J. Jones, ‘Common Constitutional Traditions’: *Can the Meaning of Human Dignity under German Law Guide the European Court of Justice?*, in *Public Law*, 2004, 167 ff.

del matrimonio⁵¹. Potendo solo accennare a un tema come è noto ormai vastissimo, mi limito ad escludere che i richiami giurisprudenziali alla dignità siano di regola esornativi. Sebbene utilizzabile e talora utilizzata in chiave postmoderna, la dignità mantiene una sua consistenza giuridica.

Quanto invece alla recente versione del diritto di avere diritti, anche intesa, all'ombra del principio di dignità, come fonte generatrice di tutti i diritti fondamentali o come *mother-right*⁵², essa appare inappropriata perfino con riguardo a contesti di esclusione dalla comunità pure molto gravi, ma che si creino comunque al suo interno: dove ciò che si reclama non è mai un diritto di avere diritti, ma un diritto da parte di chi è già membro di quella comunità dal punto di vista giuridico⁵³. Per i cittadini diversi, valgono già la "pari dignità sociale" e i divieti di discriminazione "di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali" sanciti dall'art. 3, primo comma, Cost., a meno di non dimostrare, all'opposto di quanto ricavabile da una assai consistente giurisprudenza costituzionale, che qualunque interpretazione del testo non riesca a garantirne i diritti.

Da quanto riportato può ricavarsi che, se nell'accezione arendtiana il diritto di avere diritti è una condizione di pensabilità della titolarità di diritti, nell'accezione postmoderna somiglia piuttosto a una norma di chiusura. In realtà nessuna delle due ha consistenza giuridica, ma per ragioni profondamente diverse. Nel primo caso l'inconsistenza giuridica si spiega con la carica polemica della formula nei confronti del diritto degli Stati e ancora ci parla, avendo noi sotto gli occhi milioni di profughi che bussano senza speranza alle porte dell'Europa, e ai quali non è nemmeno risparmiata la sorte di funzionare da pedina di scambio nei rapporti internazionali. Ma in termini giuridici questi comportamenti violano prima di tutto la Convenzione di Ginevra del 1949, e mantengono la Dichiarazione Universale del 1948, dove per la prima volta si parla di dignità in un testo di diritto internazionale, allo stadio di una declamazione di principio. Ad esse la versione postmoderna del diritto ad avere diritti non aggiunge nulla, risolvendosi in una copertura letteraria per lasciare indeterminato il processo di legittimazione di nuovi diritti: da *Law & Literature* al diritto che si fa letteratura, si potrebbe dire.

Ancora, i soggetti della formula arendtiana sono nettamente individuati: i profughi di guerra e gli Stati. Anche oggi, chi si trova davvero fuori è il richiedente asilo, per il quale parlare di un diritto di avere diritti acquista un senso preciso. Da una parte perché la valutazione dell'autorità dello Stato cui intende accedere circa la ricorrenza dei requisiti prescritti in capo al richiedente mantiene comunque nel diritto vigente un forte margine di discrezionalità, dall'altra perché proprio la versione arendtiana consente di mettere a fuoco cosa è in gioco per chi è fuori, non solo nei confronti dello Stato, ma anche rispetto ai suoi cittadini, titolari, fra gli altri, di un pienamente effettivo diritto di voto.

⁵¹ Decisione del 22 Novembre 1995, *S.W. v. United Kingdom*, Reg. n. 20166/92.

⁵² A. Barak, *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge, 2015, 156 ss.

⁵³ N. Oudejans, *The Right to Have Rights*, cit., 12.

I soggetti della versione postmoderna del diritto di avere diritti navigano invece nel mare della biopolitica, e restano perciò indefiniti da una parte e dall'altra. Quanti accampino questa pretesa non sono soltanto soggetti diversi o deboli, come si vorrebbe, perché simili qualificazioni o non aggiungono nulla al principio costituzionale di eguaglianza o rischiano di venire invocate in vista di rivendicazioni meramente individualistiche. Nello stesso tempo, la struttura intersoggettiva dei diritti fondamentali, espressione di conflitti sempre latenti fra i diritti degli uni e quelli degli altri, trova un limite nella versione postmoderna del "diritto di avere diritti", che individuando nell'oscuro potere foucaultiano il termine necessariamente antagonistico della relazione, si risolve in una permanente contestazione dello stesso senza poter isolare i casi di conflitti interindividuali forieri di discriminazioni o abusi.

8. Il diritto di essere se stessi come pretesa di individuazione giuridica dell'identità.

Guido Alpa, dopo aver osservato che, a differenza che per altre scienze, per il diritto la domanda se possiamo liberarci dell'identità non ha senso, poiché "Fintanto che una società è costruita sui ruoli – e non potrebbe essere diversamente – l'uomo è destinato ad essere la *persona* di cui parlava Gaio, e ad essere identificato [.....] per quel che sente di essere, per quel che vuole apparire, per quel che la società gli impone di essere.", ha affermato che "l'identità è uno strumento, che di volta in volta può assolvere ad una funzione liberatoria o persecutoria. E il livello di civiltà di una società è dato dalla misura con cui è in grado di assicurare a ciascuno il *diritto di essere se stessi*"⁵⁴.

Al pari della versione postmoderna del "diritto di avere diritti", la locuzione "diritto di essere se stessi" parrebbe presentarsi come sintesi verbale di una somma di tutti i diritti possibili, stavolta con un'esplicita finalizzazione ad "essere se stessi". Ed è proprio per il tentativo di rispondere anch'essa alla domanda su come l'identità si combini coi diritti, che il diritto di essere se stessi autorizza a chiedersi se e in quale misura coincida col "pieno sviluppo della persona umana".

In quanto sintesi dei diritti, la locuzione non presuppone intanto l'adempimento di quei doveri inderogabili che concorrono alla individuazione della nozione costituzionale di persona. Questo è però solo uno degli aspetti che lascia intravedere la costruzione di una nozione di identità individuale più lontana da quella costituzionale di quanto non si colga a prima vista. Il sacrificio della componente della responsabilità, che sta dentro l'idea costituzionale della libertà, equivale infatti ad obliterare l'elemento relazionale senza il quale perde senso la nozione stessa di persona.

Si è detto giustamente che il diritto al *gender* "demistifica l'idea di natura che i giuristi hanno codificato e considera la persona un unicum composto di corpo e psiche, dando prevalenza all'atto di autodeterminazione del singolo che, assecondando le sue inclinazioni naturali, manifesta la volontà di cambiare il sesso corporeo-anagrafico nell'altro sesso psicolo-

⁵⁴ G.Alpa, *Il diritto di essere se stessi*, cit., 297-298.

gicamente più consono”⁵⁵. Solo che quell’idea di natura è stata per più versi superata. Una legge del 1982 ha riconosciuto il diritto di ciascuno di ricomporre “l’equilibrio tra soma e psiche” (sent.n. 161 del 1985), senza contare risalenti interpretazioni evolutive della nozione costituzionale di famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio”, nonché la giurisprudenza che anche in nome della libertà di autodeterminazione ha superato una visione della morte come “tramonto naturale” anche in riferimento a pazienti in stato di coma irreversibile tenuti in vita artificialmente (Cass., Sez. I, civ., n. 21748 del 2007).

Che quell’idea di natura possa sopravvivere presso alcuni giuristi per forza d’inerzia, non toglie, dunque, che sia stata superata, e non in nome di tempi più avanzati, ma di una nozione costituzionale di persona che consente a ciascuno, fra le altre, la scelta fra diverse modalità di relazione fra mente e corpo. Ma basta, allora, una scelta solitaria circa la propria identità a produrre di per sé effetti giuridici, oppure è richiesto allo scopo il riconoscimento di altri? L’adesione della Costituzione a un modello “antipaternalista” non comporta che l’autodeterminazione dei singoli possa esplicarsi senza alcun argine o regime⁵⁶, e impone invece di distinguere fra l’attribuire fondamento costituzionale a un diritto generale di libertà del proprio corpo e il lasciare certi comportamenti nella sfera della liceità, pertanto limitabili con divieti legislativi⁵⁷.

Si ripresenta qui la questione del significato e della misura della demistificazione del soggetto giuridico. Che, una volta superata l’accennata idea di natura nell’interpretazione costituzionale, non consiste più nel cercare il profilo antropologico che la maschera della persona nasconderebbe artatamente. Scomparsa la maschera, occorre chiedersi: il diritto di essere se stessi si risolve nel diritto di ascrivere effetti giuridici all’affermazione della propria identità?

Assumendo che la Costituzione lasci ciascuno libero di individuare ciò che ritiene essere “il pieno sviluppo della persona umana” nella sua sfera interna, senza perciò consentirgli di ascrivere solitariamente effetti giuridici a tale individuazione, il diritto di essere se stessi costituirebbe allora un passo ulteriore rispetto alla nozione costituzionale di persona, e tale nello stesso tempo da segnare il compimento dell’ormai lungo percorso di demistificazione del soggetto giuridico, così – potrebbe dirsi – definitivamente riconciliato con l’umanità.

Il riconoscimento del diritto all’identità di genere “quale elemento costitutivo del diritto all’identità personale” protetto dall’art. 2 Cost. e 8 CEDU, viene sì esplicitamente affermato nelle sentenze nn. 221 del 2015 e 180 del 2017. Dove però si chiarisce che “ciò non esclude affatto, ma anzi avvalora, la necessità di un accertamento rigoroso non solo della serietà e univocità dell’intento, ma anche dell’intervenuta oggettiva transizione dell’identità di genere, emersa nel percorso seguito dalla persona interessata; percorso che corrobora e rafforza

⁵⁵ G.Alpa, *Il diritto di essere se stessi*, cit., 251.

⁵⁶ V. già A.Barbera, *La laicità come metodo*, in AA.VV., *Il cortile dei gentili. Credenti e non credenti di fronte al mondo d’oggi*, Roma, Donzelli, 2011, spec. 89, G.Gemma, *Paternalismo, Antipaternalismo e Costituzione*, in *Diritto e Società*, 2016, 633 ss., e P.Veronesi, *Fisionomia e limiti del diritto fondamentale all’autodeterminazione*, in *Bio Law Journal - Rivista di Bio Diritto, Special Issue 2/2019*, 32 ss..

⁵⁷ A.Barbera, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc.dir. Annali VIII*, Milano, Giuffrè, 2015, 332-333.

l'intento così manifestato". Per cui, "escluso che il solo elemento volontaristico possa rivestire prioritario o esclusivo rilievo ai fini dell'accertamento della transizione", la Corte rileva "come l'aspirazione del singolo alla corrispondenza del sesso attribuitogli nei registri anagrafici, al momento della nascita, con quello soggettivamente percepito e vissuto costituisca senz'altro espressione del diritto al riconoscimento dell'identità di genere. Nel sistema della legge n. 164 del 1982, ciò si realizza attraverso un procedimento giudiziale che garantisce, al contempo, sia il diritto del singolo individuo, sia quelle esigenze di certezza delle relazioni giuridiche, sulle quali si fonda il rilievo dei registri anagrafici. Il ragionevole punto di equilibrio tra le molteplici istanze di garanzia è stato, infatti, individuato affidando al giudice, nella valutazione delle insopprimibili peculiarità di ciascun individuo, il compito di accertare la natura e l'entità delle intervenute modificazioni dei caratteri sessuali, che concorrono a determinare l'identità personale e di genere."

Anche in una recente proposta di valutare le leggi restrittive del diritto all'identità personale secondo il paradigma del paternalismo, il criterio discretivo fondamentale viene rinvenuto nella previsione di "un accertamento delle reali condizioni del soggetto", la cui assenza condurrebbe "a classificazioni normative manifestamente arbitrarie" anche quando riferite a soggetti vulnerabili⁵⁸. Ebbene la giurisprudenza sull'identità di genere supera il test, nella misura in cui esclude l'ammissibilità di ogni presunzione assoluta all'atto della qualificazione legislativa delle condizioni del soggetto.

9. Autodeterminazione e connotazione relazionale della persona.

Neanche in altri casi il diritto di essere se stessi viene fatto consistere in un diritto di definire in via esclusiva le proprie scelte ultime, sebbene riguardino singoli diritti di libertà, non accompagnati dalla pretesa di ascrivere effetti giuridici alla solitaria individuazione della propria identità.

Così, una "generale inoffensività dell'aiuto al suicidio" non può per la Corte desumersi "da un generico diritto all'autodeterminazione individuale", ravvisandosi – sempre in via generale – la *ratio* della disposizione incriminatrice nella "tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio [...] anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere" (ord.n. 207 del 2018 e sent.n. 242 del 2019).

Ancora, la prostituzione volontaria non può partecipare della natura di diritto inviolabile quale «modalità autoaffermativa della persona umana, che percepisce il proprio sé in termini di erogazione della propria corporeità e genitalità (e del piacere ad essa connesso) verso o contro la dazione di diversa utilità», come assunto dal giudice remittente, costituendo piuttosto "una particolare forma di attività economica", derivante da "fattori che condizionano

⁵⁸ P.F.Bresciani, *Prospettive sulla legge paternalista come categoria giuridica*, in *Giur.cost.*, 2021, 247.

e limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo, riducendo, talora drasticamente, il ventaglio delle sue opzioni esistenziali." (sent.n. 141 del 2019).

Infine, la pratica della maternità surrogata non solo "offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane" (sent.n. 272 del 2017), ma comporta "un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate; situazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita." (sent.n. 33 del 2021).

Indipendentemente dalle differenti soluzioni, sono argomenti che riflettono un tipo di interpretazione costituzionale e una visione del processo di formazione dell'identità fra loro strettamente connesse. In tutti i casi esaminati, il limite posto all'autodeterminazione non deriva da un bilanciamento con un altro principio costituzionale ma da una individuazione degli effetti delle interferenze di terzi sulla formazione dell'identità di chi reclama il diritto all'autodeterminazione. Si tratta di un'argomentazione orientata alle conseguenze⁵⁹, che appare legata a una nozione relazionale della persona. Come il diritto di essere se stessi in senso integralmente antipaternalistico corrisponde a una visione dei diritti fondamentali come assoluti, così la nozione relazionale della persona apre la via a un'interpretazione orientata alle conseguenze del loro esercizio. Lo sguardo della Corte è attento a distinguere la sfera interna da quella esterna nel continuo processo di formazione dell'identità, anche al fine di fare in modo che la seconda rechi il meno possibile danno alla prima. Come è stato scritto, "Non si tratta di governare la interiorità dell'individuo, sì piuttosto di proteggerla dalle insidie e dai soprusi che possono venirle dall'esterno, a cagione del contegno pratico [.....] di altre persone umane che pretendano di premere oltre il lecito sulla coscienza del soggetto"⁶⁰.

E' nota l'obiezione degli antipaternalisti integrali, che non si arresta neanche di fronte all'ipotesi di un'autodeterminazione che inneschi un processo di autodistruzione: mai lo stato può pretendere di decidere al posto mio ciò che è bene, o anche male, per me⁶¹. L'obiezione incontra tuttavia passaggi argomentativi meno facili là dove si tenga conto della dimensione relazionale della persona. Perché l'autodeterminazione individuale può urtare con essa non solo quando i circuiti intersoggettivi e le stesse formazioni sociali in cui si trova rischiano di danneggiarla, ma anche quando di converso l'autodeterminazione propria rischia di menomare quella altrui, perlomeno nella misura in cui, della prima, l'individuo reclama riconoscimento esterno, in particolare un riconoscimento giuridico (legislativo o giurisprudenziale che sia). Viene così meno l'articolazione per sfere di esplicazione della persona che nell'ordito costituzionale corrispondono alle diverse ma complementari prospettazioni già ricavate dagli artt. 2 e 3 secondo comma.

Per esemplificare, più adoperiamo il paradigma del paternalismo nel qualificare la libertà di manifestazione del pensiero, meno riusciamo a coglierne le eventuali implicazioni di

⁵⁹ L.Mengoni, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1994, 1 ss.

⁶⁰ P.Bellini, *Il diritto d'essere se stessi*, cit., 110 sub (9).

⁶¹ Fra i recenti sostenitori di questa posizione, G.Maniaci, *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2012, 98.

potere sulla libertà di pensiero dei destinatari, la sua conformazione da parte di signori del pensiero al comando di circuiti mediatici o piattaforme digitali. Più consideriamo la dimensione interattiva di quel diritto di libertà, prima siamo in grado di apprezzarne i possibili effetti conformativi dei pensieri altrui, le ipoteche così arrecate al pieno sviluppo della persona umana.

Si dirà che la formula del diritto di essere se stessi nasce in riferimento a persone qualificate come vulnerabili nella dimensione materiale dei corpi e talora anche nella sfera morale⁶². Ma proprio la recente giurisprudenza prima citata dimostra che anche in tali casi il carattere relazionale della persona può menomarne i processi di autodeterminazione. Quanto al rischio che l'accento su tale carattere appiattisca la posizione del singolo "su modelli identitari condizionati dalla comunità di appartenenza"⁶³, esso sarebbe scongiurabile là dove il riconoscimento giuridico di scelte e situazioni di vita, come quello operato talora dalla Corte Suprema e da altre corti europee, riserva a chi sia colpito da specifiche vulnerabilità lo spazio necessario a "svolgersi liberamente in una dimensione intersoggettiva animata dall'eguale rispetto"⁶⁴.

In questo modo il riconoscimento giuridico potrebbe far cessare una discriminazione o uno stigma subito dal singolo da parte della società, ma non anche il condizionamento comunitario, che potrebbe casomai uscirne rafforzato. Si conferma così la necessità di distinguere la dimensione intersoggettiva a seconda che la si riguardi in una prospettiva epistemologica, dove i processi di definizione della identità del singolo ben possono crearne o alimentarne vulnerabilità, ovvero assiologica, in cui emerge in primo piano il principio di solidarietà di gruppo, il cui risvolto può tuttavia sempre consistere nella costruzione di identità collettive intolleranti verso altri gruppi o verso la società nel suo complesso.

I percorsi di riconoscimento del diritto di essere se stessi non corrispondono a una marcia trionfale. Da un lato la sussistenza di scelte e situazioni di vita che vi vengano riconosciute non può essere lasciato al solitario apprezzamento di chi intenda avvalersene, dall'altro il relativo accertamento può comunque incontrare limiti derivanti dal rispetto proprio e altrui. Vale qui la presunzione costituzionale che, rimossi gli ostacoli di ordine economico e sociale che li possano menomare, i processi di affermazione del pieno sviluppo della persona si svolgano il più possibile al riparo da intrusioni private, non meno che pubbliche.

10. Etica, diritto e contesto sociale.

Né il diritto né l'etica possono disancorarsi dai contesti sociali in cui si suppongono operanti senza rivelare fondamenta troppo fragili, degenerando in dogmatismo e in moralismo.

⁶² Sul crescente ricorso alla categoria di "soggetti vulnerabili", non coincidente con quella di "soggetti deboli", nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte costituzionale, P. Scarlatti, *I diritti delle persone vulnerabili tra incertezze congenite e indirizzi in via di consolidamento*, in *Giur.cost.*, 2021, 11 ss.

⁶³ A. Schillaci, *Le storie degli altri*, cit., 150.

⁶⁴ A. Schillaci, *Le storie degli altri*, cit., 159.

A distanza di oltre mezzo secolo, sembra essersi avverata la previsione di “società senza padre”, caratterizzate dal rifiuto del senso del dovere da parte delle giovani generazioni, e dalla tendenza a sostituire il conflitto tra fratelli al conflitto col padre⁶⁵. Così, mentre gli antipaternalisti integrali continuano a concepire il loro paradigma e il loro bersaglio alla maniera di John Stuart Mill⁶⁶, le discriminazioni perpetrate ai danni di singoli o gruppi riflettono stigmi e pregiudizi coltivati sempre meno da grandi maggioranze al riparo di leggi generali e astratte. Chi riproponesse lo schema delle “*discrete and insular minorities*” da cui ebbe inizio la storia dello scrutinio stretto nella giurisprudenza della Corte Suprema⁶⁷, ignorerebbe che oggi le discriminazioni sono sempre più opera di altri gruppi, caratterizzati da un assorbente investimento identitario.

Si è parlato di una “*crisis of the general*”, nel senso di paradigma cognitivo destinato a guidare le rappresentazioni collettive, e della contestuale crescita di un culto per le estreme singolarità che il “*cultural capitalism*” avrebbe istituzionalizzato grazie alle reti digitali, o, in alternativa, di comunità tenute insieme da un “*cultural essentialism*”⁶⁸, che all’opposto dell’identità relazionale scelta dalla Costituzione pretende un sé ontologicamente identico nel corso del tempo⁶⁹. Forme tribali di aggregazione si aggiungono ai tradizionali corpi intermedi e talvolta si candidano a sostituirli⁷⁰, trasformando il sempre variabile e delicato rapporto fra cultura e natura in un conflitto senza scampo e in definitiva autodistruttivo.

Maturato in questo clima, il discorso sul diritto di essere se stessi riflette istanze di singolarità che si autodefiniscono in contrapposizione ad ogni ricerca di tratti comuni, un’ostensione realizzata in via comunicativa del diritto alla propria identità e una speranza di raggiungere una dimensione autentica del sé nonostante nuove maschere sociali abbiano sostituito quelle su cui era stato tradizionalmente costruito il soggetto giuridico. Le relative pretese di riconoscimento investono variamente l’arco delle situazioni oggetto dei divieti costituzionali di discriminazione: dall’identità di genere alle richieste di abolire la parola ‘razza’ e di cancellare le memorie del passato coloniale o autoritario, al già previsto reato di negazionismo, fino alle battaglie sul rifiuto di vaccinazione.

Prima che ai giudici e ai legislatori, il diritto di essere se stessi fa appello al diritto costituzionale, con istanze di legittimazione comunitaria che si autoalimentano in processi comunicativi, e spesso trascendono l’esigenza di garanzia di specifiche minoranze. Al contrario di quanto presupposto da un generale discorso sul diritto di essere se stessi, gli interpreti sono dunque chiamati a distinguere le relative situazioni. La garanzia costituzionale dei diritti

⁶⁵ A.Mitscherlich, *Verso una società senza padre. Idee per una psicologia sociale* (1963), Milano, Feltrinelli, 1970, 311.

⁶⁶ G.Gemma, *Paternalismo*, cit., 638, fa infatti risalire a J.S.Mill la tesi di G.Maniaci, *Contro il paternalismo*, cit., 98.

⁶⁷ Mi riferisco alla *Footnote 4 a Carolene Products Co. v. United States* (1938), in cui il giudice Stone prometteva una “more searching judicial inquiry” a tutela di “discrete and insular minorities”.

⁶⁸ A.Reckwitz, *The Society of Singularities*, Cambridge, Polity, 2020, risp. 83 e 286 ss.

⁶⁹ Senza contare che secondo F.Rigotti, *L’era del singolo*, Torino, Einaudi, 2021, 35, il “sovranoismo psichico” dell’io narcisista corrisponde al “sovranoismo politico” dei movimenti identitari, che esaltò l’identità collettiva di un popolo.

⁷⁰ Di tribù aveva già parlato M.Maffesoli, *Le temps des tribus. Le déclin de l’individualisme dans les sociétés postmodernes*, Paris, Méridiens Kincksiech, 1988.

delle minoranze non si esaurisce infatti in se stessa. E' anch'essa parte di una ricerca del "pieno sviluppo della persona umana" la cui ultima definizione è lasciata a ciascuno, con una conseguente soglia interna di maturazione di scelte e convincimenti che convive con l'assunzione del carattere relazionale della persona.