

Cristiana Minasi

Il soggetto alla ribalta

Tesi di Laurea Università degli studi di Messina

Facoltà di Giurisprudenza

"Diritto privato e teoria generale del diritto"

*Siamo tutti costretti,
per rendere sopportabile la realtà,
a coltivare in noi qualche pazzia*
(Proust)

Capitolo Primo

L'INTERPRETAZIONE QUALE ATTO DI MEDIAZIONE DELLE ARTI CODIFICATE SULLA REALTÀ

Sommario: 1. La “*realtà polverizzata*”. Il diritto, come la **fotografia**, nell’accezione di un’interpretazione di “sistemazione” e “disgregazione” delle molteplici realtà. - 2. L’opera del Legislatore, come l’opera universale del **poeta**, quale ordine potenziale, quale sistema dinamico. - 3. La struttura organizzativo – normativa, come in **teatro**, “*argine di possibile libertà di improvvisazione*” , ovvero creazione. - 4. Il ruolo del giudice quale portatore del **Kairós** dell’antica Grecia, nella sintetica accezione spazio-temporale. - 5. Il soggetto e le sue molteplici esigenze, non oggetto di un’interpretazione, dunque d’uno sguardo appiattito.

1. La “realtà polverizzata”. Il diritto, come la fotografia, nell’accezione di un’interpretazione di “sistemazione” e “disgregazione” delle molteplici realtà

“Il De rerum natura di Lucrezio è la prima grande opera di poesia in cui la conoscenza del mondo diventa dissoluzione della compattezza del mondo, percezione di ciò che è infinitamente minuto e mobile e leggero. Lucrezio vuole scrivere il poema della materia ma subito ci avverte che la vera realtà di questa materia è fatta di corpuscoli invisibili. La più grande preoccupazione di Lucrezio sembra quella di evitare che il peso della materia ci schiacci. Al momento di stabilire le rigorose leggi meccaniche che determinano ogni evento, egli sente il bisogno di permettere agli atomi delle deviazioni imprevedibili dalla linea retta, tali da garantire la libertà tanto alla materia tanto agli esseri umani. La poesia dell’invisibile, la poesia delle infinite potenzialità imprevedibili, così come la poesia del nulla nascono da un poeta che non ha dubbi sulla fisicità del mondo. Questa polverizzazione della realtà s’estende anche agli aspetti visibili ed è là che eccelle la qualità poetica di Lucrezio: i granelli di polvere che turbinano in un raggio di sole in una stanza buia (II, 114-124); le minute conchiglie tutte simili e tutte diverse che l’onda mollemente spinge sulla bibula harena, sulla sabbia che s’imbeve (II,

374-376)...”¹.

Fondamento del mio personale percorso, intorno al celebre tema della soggettività, vuole essere proprio, alla stessa stregua del passo sopra riportato, il gettar luce, dunque il porre in evidenza, in rilievo, alla ribalta quella che è la peculiare condizione del singolo, sia pur indifferenziata per tutti, proprio data dalla differente “esclusività” di ciascuno. È come il porre all’attenzione generale della comunità, per il tramite di un’operazione artistico creativa, quale la realizzazione d’un quadro, d’una foto, d’un testo di letteratura, d’una regia teatrale o cinematografica - tutte, a diverso titolo, forme di interpretazione di “verità” - quella che è la storia del singolo, emblema, nella sua esclusività, di un’intera comunità. Dico emblema, perché è nel vedere realizzati a pieno gli interessi e le concrete esigenze del singolo che la comunità può ritenersi validamente rappresentata e organizzata al suo interno, con piena giustificazione del proprio complesso sistema organizzativo.

La comunità, per evitare che il peso dell’intera materia-legge “*la schiacci*”, non può che riconoscersi nelle sue differenze, nei singoli atomi-soggetti di cui si compone e cui risulti plausibile

¹ Così I. CALVINO, *Lezioni Americane*, Milano, 1993, p. 13, nel primo capitolo dedicato al tema della *Leggerezza* (le sottolineature sono mie e non dell’autore); vedi quanto poi verrà espresso, nel secondo capitolo, circa la materia delle categorie della complessità e della molteplicità, attraverso le quali S. Pugliatti inaugurerà il postmoderno nel diritto.

consentire “*deviazioni imprevedibili dalla linea retta*”.

Differenze poste, in tal senso, sotto la luce d’un proiettore, all’attenzione dell’interprete, ovvero, degli interpreti, considerando l’interpretazione quale attività complessa. Attività, dunque, sia dai **vari momenti**, che ne definiscono il travagliato e sempre vario percorso, che dai **vari soggetti**, ciascuno a suo modo responsabile della propria attività, in diverso senso e con diversa funzione, interpretativa.

Così, infatti, S. Pugliatti dice: “*l’attuazione dei valori giuridici è lasciata alla spontanea acquiescenza o alla libera iniziativa dei soggetti. L’asse del diritto si sposta sempre più dalla terapia alla profilassi, e ciò avviene perché la responsabilità dell’agere sta nella maturazione delle decisioni non negli effetti, in quanto la tecnica risarcitoria è sempre limitata. Gli ordinamenti moderni sono connotati dalla finzione, per cui la produzione giuridica viene deputata a determinati soggetti, ma non sono essi il popolo. Questa scissione è tra il punto di vista di tutto il popolo, produttori e consumatori del diritto siamo tutti e un tutt’uno, e quello di coloro i quali lo devono traslare nell’impianto della norma. Per questo c’è bisogno del sapere teorico-tecnico del giurista, che deve costituire una sinergia col politico, sicché il primo manifesterà la logica, le*

relazioni interne, la necessità della coerenza dell'ordinamento, che il politico dovrà tenere presente, rilevando i bisogni sociali, nel processo di deliberazione normativa"².

Si predispose, in tal senso, la definizione della potenziale realizzazione degli interessi, dei diritti, dunque dell'uomo e delle sue possibilità, per il tramite d'una funzione normativa, cui ne consegue una rigorosa *reductio ad unum*. A questa è da legare, in successione, una funzione giurisdizionale, libera ed indipendente, con potenzialità di moltiplicazione, fissando infatti tra le parti la regola realmente vincolante, con i chiari e dovuti limiti oggettivi e soggettivi delle sentenze.

Così prendo in prestito, quale metafora del mio pensiero, dunque del caso, dell'esperienza, della vita vissuta e concreta, della realtà da Lucrezio "*polverizzata*", l'idea in forza della quale "*la fotografia è un'immagine strappata al mondo traboccante dell'esperienza visiva; il legame tra immagine ed esperienza è indissolubile, ma straordinariamente flessibile. L'arte della fotografia consiste nel saper padroneggiare questa flessibilità, non in una singola fotografia,*

² C. MAZZÙ, *La soggettività contrattata*, Milano, 2005, pp. 93-94 in nota 71, ricostruendo quanto già espresso da S. PUGLIATTI, *Ieri, oggi, domani - Ultima lezione - Messina 19 dicembre 1973*, Milano, 1993, pp. 1-16.

ma in molte, in modo che insieme parlino all'unisono"³. È questo il ruolo che mi piace poter attribuire e all'operazione creativa di "sistemazione" delegata al Legislatore e all'operazione, altrettanto creativa, di "disgregazione", di competenza del giudice chiamato a risolvere, secondo i principi dell'*equitas*, quella che è la specifica esigenza del singolo, ai fini della realizzazione della sua persona, tenendo scientemente conto del dato momento, della data circostanza, il tutto chiaramente ai fini dell'individuazione d'un diritto "giusto".

Lungo percorso, questo, sottoposto solo in definitiva al vaglio pubblico della comunità, potenziale fruitrice, a sua volta, delle diversità rese eguali, appianate per il tramite di un'equa interpretazione.

³ YVES BOURDES, *Testimonianza di Henri Cartier Bresson*, in *L'univers noir et blanc d'Henri Cartier Bresson, Photo*, p. 15, 1968.

2. L'opera del Legislatore, come l'opera universale del poeta, quale ordine potenziale, quale sistema dinamico

In relazione all'evolversi d'una società in continuo e dinamico mutamento, sempre mantenendo un contatto di coincidenza col mondo fotografico, risulta certo molto significativo come "la complessa relazione col tempo segni la fotografia. Una relazione che si rivela solo in un secondo tempo, nella camera oscura, o più tardi ancora sotto i nostri occhi, molto tempo dopo. In definitiva, l'evento in sé non ha veramente avuto luogo con lo scatto. Sarà successo. Quello sguardo coniugato al futuro anteriore ricorda l'altro sguardo, quello che lo storico porta di continuo sul presente, nel momento in cui si congela nel passato. Si tratta comunque d'un archivio, non tanto dell'evento, quanto invece archivio antropologico degli sguardi posati su di esso"⁴. Così, egualmente, nel mondo del diritto, ove si parte dalla complessa opera d'edificazione e correlata fissazione in formula generale ed astratta del Legislatore, opera però in grado di poter cogliere una verità dall'elastico, potenziale, successivo

⁴ JEAN-NOEL JEANNENEY (Presidente della Bibliothèque nationale de France), *Introduzione*, in P. ARBAIZAR, J. CLAIR, C. COOKMAN, R. DELPIRE, P. GALASSI, J. LEYMARIE, S. TOUBIANA, "Di chi si tratta. La retrospettiva completa dell'opera di Henri Cartier-Bresson", trad. it. a cura di Boni, Monti, Nocera., Roma, 2003. Aggiungendo ulteriormente che "malgrado quanto detto da Baudelaire, le fotografie non si riducono ad archivi, che cosa ci portano? Lo sguardo sull'evento più che l'evento in sé".

svelamento.

Come l'opera d'arte che è tale solo se può guadagnarsi il titolo d'universale nell'accezione spazio-temporale, perché sempre disposta ad essere attualizzata al divenire costante del tempo, dunque successivamente svelata, così il diritto, per poter assolvere la propria funzione in senso effettivo e pieno, dando valide risposte, in tal senso rendendo concreti risultati, deve proporsi "aperto" alle continue e variegate verità d'una società sempre uguale e diversa da sé.

Di continuo ci si è chiesti quanto il singolo, all'interno di tale processo, necessario ed imprescindibile, d'astrazione e tipizzazione, tipico dell'attività creativa del Legislatore, possa o meno "stare comodo". La Legge scritta altro non sarebbe che lettera morta se non resa viva da un'attività d'acquisizione e messa in attuazione. Quella di **attuazione** altro non è che **potenziale attualizzazione** del sistema normativo considerato che *"spesso, basterebbe un uso accorto delle norme esistenti, se interpretate con competenza e saggezza"*⁵ per evitarsi l'indiscriminato sorgere di nuove, inutili norme non sempre rispondenti ad emergenti interessi, che solo producono confusione e

⁵ C. MAZZÙ, *La soggettività...*, cit., Milano, 2005, pp. 11-12 *"Viceversa, si preferisce sempre ricorrere a nuove norme, forse per una sorta di traslazione collettiva della responsabilità per le carenze del passato, che il sistema nel suo complesso declina. Così si dà a tutti la sensazione di far subito qualcosa di nuovo ed efficace, almeno per fare sperare che si potrà evitare il ripetersi di quei fatti nel futuro; e nel frattempo si vorrebbe azzerare la situazione e ricominciare da capo"*.

inflazione di quanto già detto, ma non colto.

Si pensi, per esemplificare, alla struttura d'un'opera musicale, d'uno scritto teatrale. Come ben sappiamo perché queste ultime possano acquisire vita attuale e diventare tutt'uno con quello che è il loro promotore-trasmittitore, dunque il musicista nell'un caso, l'attore e il regista nel secondo, dovranno essere acquisite sì, ma anche fatte proprie. Un lavoro questo, non meno importante, non tanto diverso, da quello dell'autore (d'un opera musicale, d'un testo, ovvero, nel nostro caso della Legge).

Magistrale è in tal senso la lezione provocatoria rivolta alla platea, da parte del regista, nonché del Dottor Hinkfuss in *Questa sera si recita a soggetto* (1928-1929) di L. Pirandello⁶:

“Vi invito a considerare che un'opera d'arte è fissata per sempre in una forma immutabile che rappresenta la liberazione del poeta dal suo travaglio creativo: la perfetta quiete raggiunta dopo tutte le agitazioni di questo travaglio. Bene.

Vi pare, signori, che possa essere più vita dove non si muove più nulla? Dove tutto riposa in una perfetta quiete? La vita deve

⁶ L. PIRANDELLO, *Maschere nude, tutto il teatro del più grande drammaturgo italiano del novecento*, Roma, 2001, pp.110,111. Come i *Sei personaggi in cerca d'autore*, hanno per oggetto i contrasti fra personaggi e attori e *Ciascuno a suo modo* i rapporti tra spettatori e attori, la terza commedia della trilogia del teatro nel teatro *Questa sera si recita a soggetto* appunto, rappresenta i contrasti tra attori e regista, con il coinvolgimento del pubblico.

obbedire a due necessità che, per essere opposte tra loro, non le consentono né di consistere durevolmente né di muoversi sempre. Se la vita si muovesse sempre, non consisterebbe mai: se consistesse per sempre, non si muoverebbe più. E la vita bisogna che consista e si muova.

Il poeta s'illude quando crede d'aver trovato la liberazione e raggiunto la quiete fissando per sempre in una forma immutabile la sua opera d'arte. Ha soltanto finito di vivere questa sua opera. La liberazione e la quiete non si hanno se non a costo di finire di vivere.

Se un'opera d'arte sopravvive è solo perché noi possiamo ancora rimuoverla dalla fissità della sua forma; sciogliere questa sua forma dentro di noi in movimento vitale; e la vita gliela diamo allora noi; di tempo in tempo diversa, e varia dall'uno all'altro di noi; tante vite e non una...

L'arte vendica in certo senso la vita perché, la sua, intanto è vera creazione, in quanto è liberata dal tempo, dai casi e dagli ostacoli, senza altro fine che in se stessa.

E tante volte, vi dico anzi, m'è avvenuto di pensare con angoscioso sbigottimento all'eternità d'un'opera d'arte come a una irraggiungibile divina solitudine, da cui anche il poeta stesso, subito dopo averla creata, resti escluso: egli, mortale, da quell'immortalità.

Tremenda, nell'immobilità del suo atteggiamento una statua.
Tremenda, questa eterna solitudine delle forme immutabili, fuori dal tempo. Ogni scultore, dopo aver creato una statua, se veramente crede d'averle dato vita per sempre, deve desiderare ch'essa, come una cosa viva, debba potersi sciogliere dal suo atteggiamento, e muoversi, e parlare. Finirebbe d'esser statua; diventerebbe persona viva.

Ma a questo patto soltanto, signori, può tradursi in vita e tornare a muoversi ciò che l'arte fissò nell'immutabilità della forma; a patto che questa forma riabbia movimento da noi, una vita varia e diversa e momentanea: quella che ciascuno di noi sarà capace di darle”⁷.

⁷ Ritengo inoltre opportuno citare anche quanto espresso ad introduzione del monologo in questione, ciò al fine di meglio rendere l'idea circa la distinzione dei ruoli, dei compiti, delle responsabilità all'interno del processo di produzione, attuazione e attualizzazione d'un opera d'arte, dunque di un qualsivoglia sistema, d'una qualsivoglia struttura di riferimento. “Io sono qua, signori, soltanto per prepararvi a quanto d'insolito assisterete questa sera. Volete sapere chi è l'autore della novellina? Potrei anche dirvelo ... ecco, lo dico: Pirandello ... Stiano tranquilli, l'ho eliminato. Il suo nome non figura nemmeno sui manifesti, anche perché sarebbe ingiusto da parte mia farlo responsabile, sia pur per poco, dello spettacolo di questa sera. L'unico responsabile sono io. Ho preso una sua novella, perché fra tutti gli scrittori di teatro è forse il solo che abbia mostrato che l'opera dello scrittore è finita nel punto stesso ch'egli ha finito di scriverne l'ultima parola. Risponderà di questa sua opera al pubblico dei lettori e alla critica letteraria. Non può, né deve risponderne al pubblico degli spettatori e ai signori critici drammatici, che giudicano sedendo in teatro. No, signori. Perché in teatro l'opera dello scrittore non c'è più. C'è la creazione scenica che n'avrò fatta io, e che è soltanto mia ... L'opera dello scrittore eccola qua. (Mostra il rotoletto di carta.) Che ne fo io? La prendo a materia della mia creazione scenica e me ne servo, come mi servo della bravura degli attori scelti a rappresentar le parti secondo l'interpretazione che io ne avrò fatta; e degli scenografi, degli apparatori, degli elettricisti, tutti secondo gli insegnamenti, i suggerimenti, le indicazioni che avrò dato io ... E non vi par dimostrato che a teatro ciò che si giudica non è mai l'opera dello scrittore (unica nel suo testo), ma questa o quella creazione scenica che se n'è fatta, l'una diversa dall'altra; tante, mentre quella è una? Per giudicare il testo, bisognerebbe conoscerlo; e a teatro non si può, attraverso un'interpretazione che se fatta da certi attori sarà una e, fatta da altri, sarà per forza un'altra. L'unica sarebbe se l'opera si rappresentasse da sé, non più con gli attori, ma coi suoi

È evidente come da ciò consegue che il testo è morto, nella misura in cui non lo si vivifica.

Intendo, quindi, rapportandomi al nostro ambito normativo, un “sistema” di esigenze e interessi, oggetto d’interpretazione, nelle varie fasi demandata, in forma parimenti creativa, anzitutto al Legislatore all’atto della traduzione di tali interessi in testi, dunque in sistema di norme⁸; in secondo luogo ai cittadini, interpreti delle proprie stesse esigenze; e in terzo luogo al giudice, interprete di interessi in successivo, concreto conflitto.

La norma d’un sistema giuridico non può che identificarsi, in ultima istanza, con il risultato di un’interpretazione “finale”, discendendone necessariamente che è al giudice e non alla norma fondamentale, alla “Grundnorm”⁹, che viene di fatto attribuita la

stessi personaggi che, per prodigio, assumessero corpo e voce. In tal caso sì, direttamente potrebbe essere giudicata a teatro. Ma è mai possibile un tal prodigio? Nessuno l’ha mai visto finora. E allora, o signori, c’è quello che con più o meno impegno s’ingegna di compiere ogni sera, coi suoi attori, il direttore di scena, l’unico possibile”, L. PIRANDELLO, Maschere nude., cit., pag. 110-111.

⁸ Quando parliamo di sistema giuridico ci riferiamo all’ordine che il diritto riceve dall’opera sistematica della scienza. “Non è - scrive Giovanni Tarello - il diritto in sé che è un sistema, ma il diritto in quanto guardato come insieme di norme collegate che appare come un sistema”: sistema che dunque presuppone l’intervento astraente e tecnicizzante del pensiero su di una realtà che, in origine, non nasce come sistematica. In tal senso F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2003, p. 159; G. TARELLO, *Il diritto come ordinamento. Informazione e verità nello Stato contemporaneo*, Atti del X Congresso nazionale, a cura di R. Orecchia, Milano, 1980, pp. 49-80.

⁹ F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, cit., p. 160. “Proprio perché quello di ordinamento giuridico non è affatto un concetto univoco diverse sono state, com’è noto, le concezioni del diritto come ordinamento sviluppate dalla teoria del diritto nel corso del Novecento. Le più conosciute e rilevanti sono certo quelle di Hans Kelsen e quella di Santi Romano. La prima, quella di **Kelsen**, ponendosi il problema teorico della struttura della regolamentazione giuridica complessiva, vede nell’ordinamento un sistema di norme e si caratterizza sulla base del presupposto formalistico e sistematico della chiusura dell’ordinamento, sottolineata dall’esistenza d’una <Grundnorm>. Quest’ultima collocandosi al

funzione unificatrice, o meglio direi rivelatrice, dell'ordinamento. In altre parole, apparterranno ad un dato ordinamento tutte e sole quelle norme che gli organi di applicazione ritengano di potere e volere applicare; cosicché non potendo il sistema giuridico, proprio per questo motivo, venire mai delimitato in modo permanente e del tutto definitivo, non resterà altra scelta che limitarsi a far vedere l'insieme delle disposizioni normative che in un momento preciso sono vigenti.

Insomma proprio a causa della fondamentale caoticità con cui si manifesta il diritto positivo vi è un continuo bisogno dell'opera pratica condotta dalla scienza giuridica, chiaramente indispensabile

*vertice del sistema giuridico, viene a rappresentare la fonte prima dell'intero potere normativo e il supporto dell'unità di tutto il sistema di diritto positivo. Una volta che si presupponga la necessità di una norma fondamentale, ne discende logicamente l'unità di un sistema, inteso come sistema dinamico di norme positivamente vigenti, collocate su una scala di livelli diversi. Un sistema, quello Kelseniano, in cui esistono solo atti di posizione di norme valide emanati dagli organi competenti. Ma è proprio prendendo sul serio questa tesi Kelseniana, del sistema giuridico come insieme di norme valide, che se ne può scoprire l'insufficienza. La seconda concezione del diritto come ordinamento, quella di **Santi Romano**, identifica l'ordinamento con il "corpo sociale", con l'organizzazione della società che, nell'organizzare la forza sociale e nel costituire un ordinamento giuridico, divenga effettiva, concreta e dotata di autorità, riconoscendo perciò un'equazione necessaria e assoluta di perfetta identità tra il concetto di ordinamento giuridico e il concetto di istituzione. Insomma, Romano intende per ordinamento una società organizzata, l'insieme delle norme che la organizzano e le consentono di funzionare, nonché l'esito di tale organizzazione, ossia l'ordine e l'unità conferiti alla società. Un sistema, quello romaniano, in cui non si dà un'autonoma rilevanza dei valori e degli obiettivi propri delle istituzioni, ma esistono solo atti di riconoscimento e di osservanza grazie ai quali è possibile convalidare un diritto che si manifesta originariamente solo in istituzioni. In pratica, si assume l'ordinamento come organizzazione già definita, compiuta e conclusa e non come un ordine continuamente da ricreare sulla base di parametri in grado di giudicare i modi concreti dell'organizzazione istituzionale. Le due idee di ordinamento, richiamano, insomma, da un lato la validità del diritto come appartenenza, e dall'altro l'effettività del diritto, configurando così, sia pure in modi molto diversi, un modello tradizionale di sistema giuridico, capace bensì di evidenziare ora l'aspetto formale - strutturale del diritto, ora quello organizzatorio; ma che mostra grande difficoltà nel dar conto dell'evoluzione del sistema stesso, incessantemente costretto dai suoi stessi sviluppi a ricreare un ordine nella rete sempre più fitta e caotica dei fatti e degli atti normativi". Cfr. H. KELSEN, *Teoria Generale del diritto e dello stato*, 1945, trad. it. di S. Cotta e G. Treves, Milano, 1952; II ed., Milano, 1994; S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 1918, rist. Firenze, 1977; C. SCHMITT E S. ROMANO, *Lo stato moderno. Sovranità e giuridicità*, Torino, 1996, pp. 85-114; V. FROSINI, *Ordine e disordine nel diritto*, Napoli, 1980.*

per restituire un ordine al diritto muovendo dalle sue stesse indicazioni. Così, per S. Pugliatti, *“la collaborazione anziché la reciproca indifferenza tra giurisprudenza teorica e giurisprudenza pratica costituirebbero la migliore garanzia della più adeguata e giusta interpretazione e applicazione della legge. Come si vede, il momento interpretativo ha la massima importanza nella vita del diritto: esso però non è tutto e non sono certo da approvare le tendenze metodologiche che vorrebbero concentrare ogni discussione sull’interpretazione. Che la norma nella sua formulazione abbia carattere astratto non si dubita, ma non si può legittimamente affermare che il diritto è solo il valore che si realizza nel momento in cui si esprime il giudizio sul caso singolo. Cioè che la norma esiste come uno schema programmatico che non si realizza mai e la fonte del valore giuridico sia soltanto la coscienza e l’atto puntuale del giudice. Si afferma in proposito che l’attività interpretativa concreta ha efficacia creativa, con l’uso d’ un aggettivo che è tra i più ambigui e compromessi della nostra lingua. Se infatti si vuol dire che il giudice formulando il suo giudizio non è da considerare come un semplice meccanismo vivente che applica le preesistenti norme con assoluta indifferenza e senza metterci nulla di sé, si dice cosa*

esatta”¹⁰. A ben vedere, il sistema giuridico altro non è che una costruzione dell’attività interpretativa, compendio essa stessa, come detto, di “più fasi di interpretazione” della verità. Grande è dunque il ruolo (nell’opera di sistematizzazione della scienza giuridica), giocato evidentemente ed inevitabilmente dalla, da me definita, “interpretazione finale”: il giudice è solo pronto a proporsi nel ruolo-missione d’interprete, però, “definitivo” d’una realtà già astrattamente riconosciuta, dalle mille sfaccettature e necessità, oltretutto in continuo divenire.

Si tratta di scoprire le potenzialità nascoste nell’ordine giuridico che è sempre anche ordine potenziale. Il diritto costituisce un ordine potenziale dinamico e aperto, costantemente pronto ad arricchirsi di nuovi elementi e a dischiudere sempre nuove possibilità. Il materiale giuridico - normativo mostra con chiarezza di forma di possedere una fondamentale pluralità e la struttura dell’ordinamento giuridico un’apertura di fondo. La potenzialità va considerata come una qualità del sistema almeno quanto la sua determinatezza. Anche in questa potenzialità si annida e si racchiude infatti il dover essere del diritto positivo: dunque, la matrice fondante il rapporto tra regola ed

¹⁰ S. PUGLIATTI, *Ieri, oggi, domani...*, cit., Milano, 1993, pp. 18-19 (v. C. MAZZÙ, *La soggettività...*, cit., Milano, 2005, in parte seconda *Ex delicto oritur ius*, p. 28, nota 7).

eccezione alla regola, è rintracciabile solo nel sistema, o è forse il sistema stesso. Per la scienza giuridica non si tratterà allora affatto di rinunciare al pensiero sistematico, ma piuttosto di connettere il pensiero sistematico al pensiero problematico che nasce dalle nuove esigenze della prassi nel caso singolo, senza quindi cadere nelle erronee pretese di assoluta chiusura proprie del sistema “assiomatico - deduttivo”.

3. La struttura organizzativo–normativa, come in teatro, “argine di possibile libertà di improvvisazione”, ovvero creazione.

“Dopo la prima fase dell’esegesi settoriale è tempo di passare alla visione sistematica con un metodo di indagine che, superando l’episodicità del dato normativo, lo valorizzi come frammento di un mosaico da ricomporre, per individuare la ratio sottostante. In questo contesto non può mancare la ricognizione puntuale della giurisprudenza, che in tutte le sedi, ha contribuito alla definizione dell’assetto normativo, talvolta con apporto creativo, per sopperire alle carenze legislative; talaltra con un’interpretazione <difensiva> del sistema; infine, con sollecitazioni e ammonimenti al potere legislativo. In questo affannoso rincorrersi di domanda e offerta di giustizia, il cui punto di equilibrio è talvolta malamente individuato dalle scelte legislative, assume un ruolo preminente la funzione mediatrice, se non effettivamente creativa, dell’interpretazione, nel ricostruire la trama del sistema, segnalando e tentando di superare le ambiguità, le incertezze, le deficienze del dato normativo”¹¹.

La base della riconduzione al sistema, dunque alla *ratio* da cui discende, sta nella piena coscienza di quello che è il principio

¹¹ CARLO MAZZÙ, *La soggettività...*, cit., Milano, 2005, pp. 20 e ss.

dell’**“improvvisazione”** che, tecnicamente inteso, sempre sottende una struttura di base, eguale ed indifferente per tutti, modello di riferimento necessario ed indiscusso, da conoscersi alla perfezione. Solo se la si intende in tale accezione, la struttura può esser fatta viva e concreta all’atto della sua esecuzione. Esecuzione che, se riuscita, non sarà mai mera riproduzione, ma ulteriore creazione. Se risaliamo alla definizione lessicale della parola, ritroviamo in termini più chiari questa sovrapposizione: improvvisare, in teatro come in musica o in letteratura, vuol dire **comporre nell’atto stesso di eseguire**. Esiste una mitologia dell’improvvisazione fortemente radicata nella teoria e nella pratica teatrale contemporanea, che affonda le sue remote radici, e i suoi pregiudizi, nell’analisi romantica della Commedia dell’arte e nei molti luoghi comuni da essa derivati: primo fra tutti l’accezione che associa l’improvvisazione all’irripetibilità.

Come ha dimostrato Ferdinando Taviani nel suo libro *Il segreto della commedia dell’arte*, l’improvvisazione dei comici nascondeva il modo personale dell’attore di organizzare la propria drammaturgia, di variare coscientemente sui temi posseduti (quindi ripetendoli). Ed ancora, dimostrazioni individuali, conversazioni, interviste, sedute di esibizioni comparate fra attori di diverse culture,

tra la fine degli anni 70 e gli inizi degli anni 80¹², dunque in pieno fermento d'avanguardia teatrale, fecero emergere non poche analogie di vedute: i pedagoghi orientali erano propensi a considerare l'improvvisazione come una **variazione personale** dell'attore **sui temi offerti dalla tradizione**; parallelamente quelli occidentali, spinti però dalle motivazioni della ricerca, ponevano nell'improvvisazione la base di un **processo di individualizzazione** dell'attore.

Bisogna stare all'interno d'una base strutturale, per potere "improvvisare", per potere aprire dei varchi, delle possibilità di fuga, delle aperture che diano respiro, realtà e concretezza all'intero sistema, qualunque esso sia.

Citando un celebre autore del teatro contemporaneo, Jerzy Grotowski¹³, secondo la semiologia dell'improvvisazione delineata

¹² Fondamentale in tal senso la documentazione de la seconda sessione pubblica dell'ISTA, tenutasi a Volterra nel 1981, che pose al centro dell'attività dei pedagoghi e dell'equipe di studiosi il problema dell'improvvisazione dell'attore. Testimonianze sulla funzione dell'improvvisazione nella costruzione di uno spettacolo e nella formazione dell'identità professionale, nello specifico dell'attore occidentale, si potrebbe dire della personalità attorica, sono venute da attori quali Dario Fo o Iben Nagel Rasmussen dell'Odin Teatret, o ancora Jerzy Grotowski ed Eugenio Barba.

¹³ Jerzy Grotowski ([Rzeszów, 11 agosto 1933](#) – [Pontedera, 14 gennaio 1999](#)) è stato un [regista teatrale polacco](#), una delle figure di spicco dell'avanguardia teatrale del [Novecento](#). È ricordato per aver ideato una straordinaria e rivoluzionaria tecnica di "allenamento" per gli [attori](#), innovazione, questa, di importanza tale da aver creato un precedente ancora oggi considerato "necessario", che ha modificato profondamente la figura dell'attore quale autore per il tramite del proprio corpo, elemento e strumento di scrittura esso stesso e dunque vita, imprescindibile, nell'ambito dell'arte teatrale. Fu un rivoluzionario nel [teatro](#) perché provocò un ripensamento del concetto stesso di teatro e del suo scopo nella cultura contemporanea. Una delle sue idee chiave è la nozione del "[teatro povero](#)", pronto a mettere in discussione la macchina teatrale scenica e in contropartita a valorizzare il ruolo dell'attore-persona, fulcro dell'intero "*essere della scena*".

dallo stesso ai suoi attori, contro gli stereotipi che si nascondono dietro il mito della spontaneità, ha meglio evidenziato come la precisione dei dettagli, l'oggettività dei segni che funzionano come tracce, come evidenze fisiche, siano condizione di ogni principio d'individuazione. E così infatti: “Se fate un'improvvisazione basata sui dettagli dei segni appresi in una certa cultura o in un certo tipo di teatro, dovete trattare questi segni da una parte come un vocabolario, ma dall'altra come gli argini di un fiume. Quello che dà vita alla vostra azione è il momento della decisione: quale segno dopo quale segno. E' questo momento della decisione che può essere guidato dal principio dell'organicità; cioè in questo momento, di fronte a queste persone, in rapporto a questo tema, è questo segno, ma prima non lo so. Però conosco tutti i segni. La qualità dei sistemi di segni è l'oggettività. Quando l'oggettività è imposta si deve sbloccare la soggettività, si deve fare il proprio viaggio personale attraverso i segni. Ogni segno deve essere preciso ma il vostro viaggio è il vostro viaggio”¹⁴.

Nelle culture teatrali in cui esistono fondamenti stabili e concreti al lavoro dell'attore, cristallizzati da una tradizione che consente all'attore di definirsi grazie ad essi, il significato associato

¹⁴ JERZY GROTOWSKI, *Per un teatro povero*, Roma, 1970.

all'improvvisazione sembra esaltare l'intervento individuale dell'interprete sul livello combinatorio. Le unità di comportamento scenico invariati, il repertorio di gesti, posizioni e di altri mezzi espressivi corrispondenti a significati altrettanto invariati costituiscono una dotazione drammaturgica specifica dell'attore, che può

pertanto concentrarsi sul montaggio e la scansione di queste unità, sulla diversa accentuazione dei valori ritmici e delle tensioni. È un “dressage” estremamente rigido e precoce ad assicurare all'attore il possesso dei fondamenti del comportamento extra-quotidiano ed è un repertorio altrettanto rigido a garantire la significazione e la comprensibilità dei suoi mezzi espressivi. Tra la certezza della sua competenza e l'immutabilità del repertorio, l'attore (come chiaramente qualsiasi altro interprete) deve costruire la sua identità. La personalità si decide e si afferma attraverso la padronanza dei mezzi acquisiti in un forma impersonale.

Il diritto come qualsivoglia altra scienza codificata è da considerarsi alla stregua del jazz, genere musicale infatti pronto a spiegare al meglio la plasticità perché lì al massimo grado si consente di effettuare, intorno ad un medesimo spartito “che dà il motivo di base, ma non dice tutto”, infinite variazioni e reinterpretazioni.

Si pensi, tra le cc.dd. *scienze codificate*, al contesto della

genetica, là dove un grande scienziato quale Paolo Vineis¹⁵ provocatoriamente sostiene che: *“il nostro genoma è uguale a quello degli scimpanzé, eppure non siamo identici. Perché il codice genetico è come uno spartito musicale con molte variazioni ... il jazz è libertà di interpretazione.. Il Dna è lo script di base, l'equivalente di poche note sul pentagramma, su cui mille stimoli agiscono per esprimerlo e interpretarlo ... ecco perché i test predittivi servono a poco, la medicina deve restare libera... tant'è vero che ora, presso la comunità dei genetisti, è molto più trendy occuparsi di Rna ed epigenomica, che ha più a che fare con i rapporti fra Dna e ambiente, e che mostra come l'espressione, traduzione, del messaggio contenuto nei tre miliardi di basi che costituiscono il nostro patrimonio genico sia tutt'altro che stabile”*.

È necessario ed imprescindibile capire che la “composizione”, la risoluzione, la contestualizzazione, non può mai fare a meno di materiali preesistenti¹⁶, che nessuna creatività ed originalità sono

¹⁵ P. VINEIS, uno degli epidemiologi più accreditati al mondo, con cattedra all'Imperial College di Londra, propone un'idea del tutto nuova sul genoma e sui suoi utilizzi. Il suo peculiare punto di vista è sinteticamente riportato in un'intervista rilasciata a *L'espresso*, settimanale di politica, cultura, economia, n 18, anno LV, 7 maggio 2009, pp.142-145.

¹⁶ Così a conferma di tali presupposti, però per la nostra scienza codificata giuridica di riferimento, S. PUGLIATTI, *Ieri, oggi, domani...*, cit., pp. 18,19, dice: *“..è uno sbaglio ritenere che il contributo personale che dà il giudice nel formulare il giudizio giuridico per il caso concreto sia da paragonare ad una creazione dal nulla. La norma esiste nella sua precisa obiettività quale è data dalla formulazione della proposizione linguistica in cui è espressa, posta in relazione con tutte le altre proposizioni del sistema. Esiste per il preciso senso che le attribuiscono le interpretazioni che si sono andate via via proponendo dalla dottrina, dalla giurisprudenza e da quel comportamento generale nel quale si realizza persino una consuetudo*

assolute ed irriducibili.

Nel modello del discorso dimostrativo elaborato dalla retorica classica¹⁷, che tanta incidenza ha esercitato sulle diverse forme espressive della nostra cultura, il momento dell'*inventio*, come preliminare rispetto alla strutturazione dell'ordine sintattico e all'espressione propriamente verbale (*dispositio* ed *elocutio*), designava il reperimento dei materiali da ordinare e da esprimere nel patrimonio di fatti e di nozioni disponibili alla ricognizione della memoria¹⁸.

D'altronde tutto tale discorso è funzionale a confermare l'intero ordine normativo, laddove in principio sono le regole stesse a consentire, nella loro medesima strutturazione, tali spazi e libertà. Ben si sa come, infatti, la proliferazione legislativa sia evitata (o per lo meno si tenta di arginare) per il tramite d'una formulazione della norma, quando ciò appaia opportuno, sufficientemente ampia da permettere all'interprete di riempire di volta in volta di concreto

interpretandi. Esiste nella tradizione, cioè nel determinarsi e nel rideterminarsi di problemi e soluzioni in perpetuo rapporto dialettico in cui consiste la storia, che è storia di fatti, di norme e di interpretazioni in connessione indissolubile. D'altra parte proprio perché l'applicazione del diritto ha per oggetto non se stessa ma le norme che costituiscono il contenuto, la sostanza, l'essere del diritto e l'interpretazione di tali norme, non si può pensare che il giudice abbia incondizionata libertà, tanto da potere egli solo risolvere i problemi della realizzazione dei valori giuridici".

¹⁷ N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950.

¹⁸ Se chiediamo ad una danzatrice Orissi qual è la sua idea di improvvisazione ci sentiremo rispondere: "Raccontare la stessa storia con parole diverse", così R. GUARINO, *Improvvisazione*, in *Anatomia del teatro, Un dizionario di antropologia teatrale*, a cura di Nicola Savarese, International School of Eugenio Barba, Firenze, 1983, p.78

significato vincolante la regola o parte di essa. “*Credere che ogni istanza empirica sia portatrice di valori innovativi che possano scardinare o, comunque, modificare il sistema così come è assestato, è veramente un grave errore, perché si pecca di insensibilità verso la formazione storica ed ideologica dei concetti, che non sono degli utensili, che è possibile utilizzare a piacimento in base alla contigenza di un preciso momento storico*”.¹⁹ Qui, dunque, in forma chiara ed evidente, l’opera dell’interprete si affianca a quella del Legislatore specificando il comando normativo formulato in modo volutamente indicativo e non tassativo, mediante l’uso di concetti elastici²⁰ e di clausole generali. Specialmente queste ultime rivestono un ruolo di particolare importanza perché mentre i concetti elastici non comportano una ricostruzione complessiva del sistema e soprattutto

¹⁹ C. MAZZÙ, *La soggettività...*, cit., 94, confermando la lezione di S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, in Id., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, pp. 71 e ss. In tale ultimo testo, a pieno, infatti “*si apprezza il divenire che si manifesta nella continuità. La norma fondamentale è l’espressione giuridica del concetto di sistema, ed è, di per se stessa, collocata nel discontinuo, nel senso che la continuità dei rapporti che si sviluppano nella fisiologia del sistema è apprezzabile proprio perché questi sono diversi gli uni dagli altri; ma, al tempo stesso, non vi è in essa, quella soluzione di continuità, che è rappresentata dall’atto puntuale della formazione di una nuova norma fondamentale, la quale costituirà il parametro per stabilire se la nuova istanza sociale sia riconducibile nel sistema o sia portatrice di nuovi valori aventi efficacia costituente. Se effettivamente la norma fondamentale è così forte da poter comprendere in sé il continuo-divenire storico, evidentemente la sua portata assiologica sarà al contempo elastica ma immanente ad ogni manifestazione del continuo (esso è apprezzabile come successione di parti di ente identico a se stesso)”.*

²⁰ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1998. Rispetto al cd. “concetto elastico” si pensi al caso dell’art 1669 c.c. in materia di rovina e difetti di cose immobili oggetto di un contratto di appalto, laddove attraverso l’utilizzazione di espressioni volutamente generiche come *lunga durata*, *evidente pericolo*, *gravi difetti*, il Legislatore lascia all’interprete di stabilire quando la durata sia *lunga*, quando il pericolo sia *evidente*, quando il vizio sia *grave*. Il Legislatore pertanto non interviene con una norma precisa che stabilisca le caratteristiche della durata, del pericolo, dei difetti.

pretendono la specificazione solo di un aspetto singolo e particolare della regola più generale, che è pur sempre dettata espressamente dal legislatore, le clausole generali dettano un criterio di giustizia ma non dettano regola alcuna delegando all'interprete la funzione di elaborarla. La "clausola generale", è regola per sua natura "più che" elastica, sì generale ed astratta, ma dalla specificità ancora meno appesantita, cui l'operazione ermeneutica del giudice rende possibile collegarli una semantica soggetta al corso del tempo, al fluire dei comportamenti, dell'etica. Si pensi all'ipotesi di rinvio al buon costume (ad es. artt. 5, 1343, 2035 c.c.) che implica l'enunciazione di regole via via mutevoli nel tempo, legate come esse sono alla morale, nonché all'ordine pubblico (in aggiunta, ad es. art 16, L. 218/1995) le cui regole, parimenti mutevoli risentendo del tipo di sistema politico in atto e dei principi considerati essenziali alla sua sopravvivenza, spetta all'interprete di individuare ed enunciare. Si pensi ancora alla clausola di buona fede oggettiva che impronta di sé l'intera materia contrattuale (art 1337 c.c. in fase di trattativa, art 1366 c.c. in fase interpretativa e art 1375 c.c. in fase esecutiva) mirando a mantenere la contrattazione nell'ambito della reciproca correttezza, le cui regole, anche qui, spetta all'interprete individuare. In tali casi riportati è più che evidente che l'interprete svolga una funzione propriamente

definibile come integrativa del sistema, che si colora di profili senza dubbio creativi, pur se ciò non potrà chiaramente mai significare personalizzazione dell'operazione ermeneutica nel senso che l'interprete sarebbe autorizzato a fissare la regola secondo parametri che a lui appaiono più giusti. La giustizia del caso singolo (e ciò vale anche al di fuori del richiamo all'*equitas*²¹) non potrà mai identificarsi con la giustizia dell'interprete, ma con la giustizia del sistema complessivamente inteso, filtrata e mediata, se appunto necessario, attraverso l'opera dell'interprete. Ed in tal senso può dirsi che *“la differenza tra attività di interpretazione e attività di integrazione non è di tipo qualitativo perché anche quando si tratta di interpretare una norma espressa, al fine di rendere chiaro il significato di espressioni in qualche misura ambigue, il giudice finisce per svolgere un'attività che non è mai puramente e semplicemente dichiarativa ma anche sia pure in diversa misura, creativa”*²².

In definitiva sono questi i modi, gli unici modi, gli unici strumenti attraverso cui si elimina il rischio d'un sistema giuridico chiuso dentro se stesso, poco conforme alle realizzazioni della collettività dunque del singolo, aprendosi le porte al mondo esterno,

²¹ G. M. CHIODI, *Equità: La regola costitutiva del diritto*, Torino, 2000.

²² F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., Napoli, 1988, p. 48

alle scienze esterne al diritto, quali la sociologia, in continuo divenire al passo con l'uomo, dunque con l'emergere di sue nuove verità, di nuove sue esigenze, di nuovi suoi interessi, concretamente rispondenti alla realizzazione, o meglio, valorizzazione della persona costituzionalmente intesa. Ci sono interessi di latitudine tale, quali quelli prima citati o ancora, ad es. la dignità umana, da non poter essere imbrigliati in strutture definitive, per cui il Legislatore, altro non può che reagire con lo strumento forte della clausola generale, dando in tal senso alla regola quel contenuto adatto alla modifica dell'interesse sociale.

Così, ancora, *“ogni fotografia di Henry Cartier Bresson, mentre ispeziona il mondo, mentre lo fissa, alimenta una possibile mediazione sullo sguardo. In lui lo sguardo è un tacito consenso col mondo, un atto totalizzante. Vedere è un tutto”*²³. Un tutto riferito ai suoi diversi interpreti (come prima detto il Legislatore in prima istanza, la comunità in seconda, il giudice in terza), alla collettività, nelle sue complesse verità e diversità, ed in ultimo un tutto riferito ad un continuo mutare della storia, delle esigenze, dell'*ethos* sociale, dell'uomo e dei suoi nuovi ed emergenti interessi, in funzione ed in realizzazione dei quali sempre si muove e si è mosso il diritto, essendone sua *ratio* fondante e permanente.

²³ HENRY CARTIER BRESSON, *Di chi si tratta?*, cit., Roma, 2003, pp. 9 e ss.

4. Il ruolo del giudice quale portatore del *Kairós* dell'antica Grecia, nella sintetica accezione spazio-temporale

Sempre nella logica di una peculiare individuazione del ruolo dell'interprete, nella tipica accezione di giudice - che io ho voluto più volte intendere quale interprete "definitivo", mediatore in circostanza conflittuale - voglio ancora rinviare, al mondo della fotografia.

Henry Cartier Bresson, sul modello di Cézanne che affermò: "*In pittura vi devo la verità*", s'è costituito una sorta di dogma, quello del "*Momento Decisivo*", il *Kairós* dell'antica Grecia²⁴.

Il momento decisivo permette di sorprendere la vita come dice lui "*in flagrante delitto*". L'idea che Bresson ce ne vuole rendere è quella d'un fotografo (io, nel nostro caso, intendo il giudice, interprete ultimo), che deve "*cogliere la vita di sorpresa, come appena sveglia*". Il "*mai visto dell'istante*" (nel nostro caso della specifica circostanza, posta al suo concreto vaglio) rivela quindi ciò che il fluire del tempo (il sistema giuridico nella sua disomogeneità) celava tra le pieghe.

Con *Kairós*, i greci indicavano quello che noi solitamente chiamiamo "l'occasione"²⁵. È una parola che si riferisce al **tempo**

²⁴ Tema questo cui negli anni '50 ha dedicato un testo breve, ma essenziale.

²⁵ Fondamentale in tal senso il rinvio all'opera di MONIQUE TRÉDÉ, *Kairós. L'a-propos et l'occasion*, Parigi, Klincksieck, 1992. In tal senso ancora importanti il rinvio ulteriore a HENRI

(quel tempo che in greco moderno ha finito per indicare). E' l'opportunità, il momento buono, l'attimo propizio, l'occasione da cogliere, il momento da non mancare, la decisione da saper prendere. E' una scelta operata nella durata. Nell'*Agamennone* di Eschilo, si dice di Zeus: *“è colui che ha tenuto a lungo l'arco teso per evitare che il suo dardo cada al di qua del punto decisivo - Kairós - o di salire al di là degli astri in un volo inutile”.*

Ma in epoca classica designava il **luogo** dello spazio, un punto decisivo e non un luogo del tempo. In Omero, per esempio, il *Kairós* è il luogo nevralgico del corpo, un punto essenziale, la parte vulnerabile, che talvolta decide la vita o la morte. In numerosi canti di battaglia dell'*Iliade* ci sono diversi brani in cui Atena, non a caso la dea della Ragione, interviene a favore dell'eroe, facendo deviare all'ultimo momento il dardo, la freccia o la lancia, che lo minaccia. Li svia, ed è un fenomeno spaziale, dal punto critico, dal punto cruciale, *Kairós*, che è nel corpo come un difetto della corazza da cui si introduce la morte. Insomma, spazialmente ha a che fare con la capacità dell'occhio di sapere intuitivamente distinguere, scegliere, colpire nel punto buono. Insomma stiamo a trattare di quello che sarà

ELLENBERG, *La notion de Kairos en psychothérapie* in *Médecins de l'ame*, Parigi, Fayard, 1995 e *Les présocratiques*, Parigi, Pléiade-Gallimard, 1988, in particolare *“Le moment opportun”*, p. 1521

più tardi il “perspicere” latino (etimologicamente, ciò che attraversa, buca, mira giusto), è la perspicacia di colui che ha “occhio”²⁶. Quella capacità ottimale dell’occhio di distinguere e fissare un punto particolare anticipa ciò che diventerà, molto più tardi, nel Cinquecento, con lo sviluppo della geometria moderna, l’arte della prospettiva come organizzazione dello spazio intorno ad un punto privilegiato. In tal senso “ ... *eredità che va raccolta ed arricchita, se possibile, con la consapevole modestia dell’operatore quotidiano, costretto a muoversi in contesti normativi difficili e spesso ambigui, ma fermo nel proposito di far tesoro delle scelte di metodo fondate su una visione dinamica, orientata a ricondurre i singoli episodi nell’alveo della logica del sistema*”.²⁷

Colui che ha occhio ha il potere di trovare il punto critico spaziale intorno al quale, in quel tempo circostanziato, risulta plausibile giustificare una decisione correlata, rinviata comunque all’organizzazione del “mondo” per esteso. Ed è dunque nella sintesi di spazio e tempo, che intuiamo il tendere del soggetto, nostro

²⁶ Questo potere di distinguere può anche essere esercitato dal medico con la palpazione, il dono di cogliere la parte precisa del corpo, la lesione, l’imperfezione, il danno, il punto da cui il male ha invaso il corpo. L’arte del medico consiste nel saper discernere ciò che nella ferita è benigno o nocivo. Il *Kairós* allora diventa ciò che nell’organismo diventa indica il posto essenziale e circoscritto della ferita, il punto vulnerabile del corpo. Per il cacciatore, in un registro vicino, è l’abilità di scagliare il dardo giusto nel fitto di boschi e cespugli, per colpire la preda. Per il navigatore, è l’arte di individuare il passaggio difficile, ecc.

²⁷ C. MAZZÙ, *La soggettività...*, cit., Milano, 2005, p. 94

interprete, verso l'individuazione della soluzione: insomma dal temporale allo spaziale, per cui *“il Kairós di un attimo è quello del tempo, a un dato momento della giornata, in un dato luogo”*. L'idea di scegliere nello spazio, o più limitatamente, il punto si sovrappone esattamente all'idea di scegliere nel tempo il momento della decisione, di saper decidere il momento che sarà decisivo, il *Kairós*. **La nozione di *Kairós* si articola quindi tra una singolare comprensione dell'insieme e un intuito particolare del tempo²⁸.**

Sembrerebbe, in tale prospettiva, pienamente confermabile quanto già da W. Bigiavi in tempi lontani (1933)²⁹, veniva studiato e segnalato circa la modalità di affermazione nel nostro ordinamento, della forza del precedente, rispetto a quanto piuttosto riscontrabile in contesto anglosassone. Considerazioni fortemente corroborate dalle valutazioni, introduttive ai suoi testi, di Bin il quale infatti dice che *“il giudice raggiunge un giusto punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze dell'innovazione e dell'affidamento ... rende possibile, se ha autorità e prestigio sufficienti, l'instaurarsi di quel continuo dialogo tra giurisprudenza e legislazione attraverso il quale la prima preme*

²⁸ Anche il medico che esercita, lo abbiamo visto prima nella nota precedente, un sapere del *Kairós* dello spazio, esercita anche un sapere del *Kairós* del tempo quando decide in quale momento intervenire, lasciando maturare la malattia, raggiungere la crisi, il punto critico, prima di intervenire.

²⁹ W. BIGIAVI, *Appunti sul diritto giudiziario*, ora in *I classici di contratto e impresa*, Padova, 1989, con prefazione di M. Bin.

sulla seconda per spingerla all'introduzione di congrue ed articolate modifiche del diritto vigente ... questo ... modo di procedere al mutamento giurisprudenziale, quando ormai sia reso indispensabile dall'evoluzione dei tempi, sembrerebbe suscettibile di venire utilizzato anche dalla nostra Cassazione: le esigenze dell'innovazione potrebbero allora trovare, nella nostra giurisprudenza, forme di espressione più consapevoli, equilibrate e prevedibili.”

In un certo senso, il *Kairós* si oppone al *lógos*: è il momento decisivo che spezza il procedere continuo e logico delle cose, che tronca nella retorica del mondo, quell'effrazione o colpo di forza che permette di insinuarsi nel momento giusto per interrompere il corso.

“L'utopistica aspirazione ad un sistema giuridico universale, che abbia le pretese di resistere ad ogni attacco, immutabile ed eterno, che cullò i sogni di giuristi pratici e di scienziati di altro tempo, ebbe come riflesso la fede nell'assolutezza dei concetti giuridici. Ma ormai non si fa molta fatica a relegare tra i sogni quell'aspirazione e tra gli errori ottici quella concezione: sicché mi pare si possa considerare come un sicuro punto di partenza per ogni discussione serena l'affermazione del valore relativo dei concetti giuridici di qualsiasi specie”³⁰.

³⁰ S. PUGLIATTI, *Diritto civile, Metodo-teoria-pratica*, Saggi, Milano, 1951, p. 666.

L'aspetto più interessante di questo duale, dunque complesso, concetto di *Kairós* è che si sviluppa nel momento in cui in Grecia crescono le *technai*, quello che noi chiamiamo "l'arte" o "le belle arti". Dico ciò per confermare quanto da me prima espresso intorno al tema della struttura, del sistema e della correlata sua plausibile apertura solo se prima v'è una globale e seria conoscenza così da consentirne la sua "vitale destrutturazione" in fase di "improvvisazione".

Tra i greci infatti l'arte non era l'espressione spontanea di un genio, come si vorrebbe erroneamente credere oggi svalutando l'intero mondo artistico - professionale, ma è un insieme di conoscenze che si trasmettono grazie ad un insegnamento, e che poco per volta mettono l'occhio al servizio dello spirito; è l'esercizio di una pratica nella quale si coniugano indissolubilmente padronanza tecnica, cioè il sapere d'un insieme sistematico di regole di riferimento, e un'intuizione, un'esattezza, una rapidità intellettuale che deriva dalla sensibilità pura. *Technè* è l'arte del pittore, dello scultore, dell'architetto, ma è anche, per meglio rendere l'idea, l'arte dell'arciere che lancia i suoi dardi con abilità; l'arte dell'oratore che scaglia anche lui le sue frecce ma di spirito, che sa trovare la parola giusta, che esprime esattamente quello che tenta di esprimere; l'arte del medico del vasaio

dalle dita capaci di trovare la forma giusta nella terra, ecc. Se portiamo l'esempio, già prima accennato, del giudice che spesso ha la funzione di sopperire alle carenze legislative, non si può non ricordare quanto espresso da Pugliatti³¹ secondo cui: “... *il problema implicitamente, e la soluzione di esso esplicitamente, hanno come termine conclusivo la formulazione di norme in termini di linguaggio, e il coordinamento col sistema delle norme in vigore. Tanto l'una, quanto l'altra richiedono conoscenza approfondita e tecniche raffinate e non sarebbe eccessivo pretendere che in quest'opera si chiedesse l'ausilio di tecnici del diritto*”. Stesso a dirsi chiaramente per l'attività del giurista, specie la Corte Costituzionale, prodromica ad una interpretazione adeguatrice, “*che sortisca l'effetto di conservare validità ai testi normativi*”³², o ancora interpretazione di monito che le sentenze possono avere specie “*nei casi in cui rileva la difficoltà di intervenire nel campo riservato, o che si vuole riservare, all'autonomo apprezzamento discrezionale del potere politico e, quindi, alla funzione legislativa*”³³. Un *Kairós*, in definitiva, indifferentemente rivolto ad una possibile nuova produzione di norme, o ancora ad una liberalizzazione del già scritto o ad una motivazione

³¹ S. PUGLIATTI, *Diritto civile...*, cit, Milano, 1951, p.16

³² R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in Trattato di diritto civile Cicu – Messineo, Milano, 1998, p. 224

³³ C. MAZZÙ, *La soggettività...*, cit., Milano, 2005, p. 31, nota 7

dei poteri legislativi: questi sono solo strumenti per raggiungere l'unico fine.

Lo sviluppo delle scienze e delle arti, genera ricchezza infinita di saperi, lo spirito nuovo fa di tutto scienza e statuto. Alla straordinaria complessità delle conoscenze corrisponde la complessità del mondo. Quest'abbondanza confusa, quest'ingombro di ricchezze, questa prolissità, profusione - evidentemente rappresentabile e ravvisabile anche in contesto normativo, là dove meglio s'evidenziano e si esprimono gli interessi e le esigenze dell'uomo in continua espansione - è la *poikilía* dell'antica Grecia, nel momento in cui la cultura greca raggiunge il suo apogeo. Per dominarla, per ritrovarcisi, per "veder chiaro" nella nuova foresta delle conoscenze, per conservare il potere di discriminazione dell'occhio e continuare a sviscerare il senso, dunque la correlata soluzione armonica, degli eventi e dei correlati contrasti che si moltiplicano, bisogna dar prova di una nuova sagacità, di un rigore accresciuto. Questo potere, la capacità di distinguere, di giudicare, di scegliere, è l'*acribía*. Di fronte all'infinita diversità dei fattori che condizionano l'azione, considerando di volta in volta cosa esigano le circostanze, è più opportuno che mai, in mancanza di una regola fissa, inalterabile, che sulla base di quanto prima lungamente espresso darebbe luogo ad una

scienza balbuziente, dominare questa conoscenza superiore dell'attimo e del luogo chiamato *Kairós*. “*Se siamo disposti ad accettare come inevitabile l'invasione dell'empirismo, quale effetto immediato, ma transitorio, del primo contatto tra la nuova legislazione e la scienza, ci pare che questo non sia altro che una sosta breve o una certa marcia indietro per poter prendere la rincorsa e spiccare più alto e più lungo il salto in avanti*”³⁴.

Questa straordinaria potenza e sinteticità del *Kairós*, che consiste nel saper scegliere in funzione d'un dato tempo e d'un dato luogo, sarà addirittura oggetto d'applicazione anche in ambito religioso. Alla fine dell'età classica, *Kairós* è divenuto un dio: è il figlio più giovane di Zeus.

Ho detto tanto, riassumendo alla meglio, una nozione assai complessa, proprio per sostenere fino a che punto l'interpretazione del diritto, alla stregua della fotografia o di qualsivoglia arte in genere che, in quanto tale, sottende sempre un forte riferimento tecnico di base, dipenda dalla categoria del *Kairós*.

Può sembrar strano commentare un'opera quale il diritto, strumento di lavoro e oggetto di risoluzione di conflitti moderni da parte del giudice interprete, con concetti risalenti all'origine del

³⁴ S. PUGLIATTI, *op. cit.*, 689

pensiero occidentale. Eppure si veda quanto si adattino perfettamente. Il progresso delle tecniche, l'approfondimento delle conoscenze, dispiegano un'influenza solo marginale. Attraverso i secoli l'azione rimane immutata nei suoi tratti strutturali. Mobilita le energie. Così l'interprete riconosce l'evento e il rigoroso assetto di equilibri che esprimono e significano tale evento, formulando una "regola di condotta" morale e sociale, in piena armonia con i suoi contemporanei, arrivando "lì e quando" è necessario. Si tratta di accordarsi al tempo meglio degli altri. Il *Kairós* consiste nel raggiungere lo scopo. Per utilizzare un senso che ha del religioso, è il momento propizio, cioè favorevole agli dei, parola che, etimologicamente (*pro-pitius*) mostra che è un volo che prevede ciò che accadrà. Insomma volendo esagerare il pensiero potrebbe rivolgersi a " *le parole alate*", a " *le parole impennate*" di Omero che nei suoi poemi rinvia a tali espressioni per intendere le parole appropriate, portatrici, che mirano con esattezza come fossero frecce.

Se il *Kairós* si oppone, come prima detto, al *lógos*, quando ne infrange la nobile continuità, in questo dunque noi trovandoci dinnanzi all'esaltazione, all'evidenziazione dell'"insolito", del "diverso", della circostanza "particolare", si oppone in egual misura alla *tuché*. *Tuché* è il caso, ma non nell'accezione della specifica cir-

costanza (che costituisce oggetto d'attenta e specifica valutazione dell'interprete su cui si fonda l'intero percorso della mia tesi), quanto proprio la casualità. Mentre il *Kairós* è proprio il suo opposto. È la decisione buona, quella che risolve, al momento esatto e giusto. In definitiva il *Kairós* è la necessità - così come d'altronde sempre si è definito il diritto e tutto ciò che allo stesso si lega -, non la contingenza, e per questo nella Grecia antica è classificato dalla parte della bellezza, del *kalós*, della simmetria, dell'armonia: quella disposizione che tra gli antichi, indica il rapporto delle parti tra loro e delle parti con il Tutto. Il *Kairós*, punto di decisione decisiva, è punto d'equilibrio, niente a che vedere con l'irruzione del caso che mette a soqquadro l'ordine dei fenomeni, così come oggi l'abuso di proliferazione legislativa in funzione di realizzazione di interessi individuali. Il *Kairós* quale magia del caso, dunque "obiettivo" da perseguire e raggiungere, per il tramite della "padronanza", della "destrezza pragmatica" dell'interprete all'interno di regole astratte della scienza del diritto, nel moto perpetuo delle nuove differenze e nella confusione degli eventi che si susseguono senza posa e in modo inatteso. Così l'interprete, in una mia visione forse fin troppo idealista, si lascia portare dalla corrente di quell'attenzione definibile come fluttuante, rivolta alla percezione di ciò che sembrerebbe

invisibile, ma per il quale sempre e comunque può trovarsi una giusta soluzione all'interno di ciò che è per tutti, di ciò che deve proporsi come "universale" agli *status*, collettivo. Un interprete in agguato su quel che sembra sfuggire dalla regolamentazione, ma che in realtà per la maggior parte delle circostanze, lo si può considerare a pieno titolo inserito. Acuta sagacia, intelligenza, e voglia di vera giustizia, permette all'azione dell'interprete di adattarsi, con necessaria e continua elasticità, al divenire labile e fluttuante delle cose e di esercitarsi in circostanze infinitamente varie. È l'uomo del particolare da rinvenirsi all'interno della Legge, e di conseguenza è l'uomo dell'auspicabile trionfo dell'universalità e generalità della stessa.

Volendo riproporre la poesia delle pagine anteriori, l'interprete ci guarisce dalla realtà, come un grande artista, ce ne potrebbe far sopportare e addirittura amare il peso distinguendo, per il tramite d'una attenta analisi, l'incrocio tra la maturità del passato e il sorgere della crisi futura. Il suo intervento può aver la rettitudine d'una lancetta che separa in due il tempo. È da lui che si capisce se o meno possa risultare utile ed essenziale l'intervento di nuova materia legge.

“Il tempo umano non è tempo omogeneo. Ha i suoi alti e suoi bassi. Rallenta o accelera. È il tempo della maturità e della decomposizione. Talvolta, di rado, il tempo dell'immobilità o della

catastrofe. Il tempo è vivo. Non è il tempo delle macchine, cioè il tempo della ripetizione che produce solo oggetti identici. Il tempo umano aspetta, spera e trova. È il tempo dell'opera che non dipende dalla produzione. Il Kairós, in questo senso, dipendendo dalla conoscenza intima dell'uomo, è piuttosto dalla parte di Mnemosine, la dolce memoria, più che di Cronos e della sua sinistra falce”³⁵. È perché si ricorda che si può prevedere; è perché si è visto che si può anticipare. Nemmeno un medico dovrebbe mai dimenticare di avere a che a fare col Tempo prima di occuparsi di un malato, cosiddetto, cronico. Nulla si ripete. L'interprete non smette mai di correre, nella misura in cui ricorda. La sua padronanza non appartiene alla sola sfera accademica, ma a quella cronica: è il padrone del Tempo. A un certo tipo di figure emblematiche di giudici, sarebbe bello poter dedicare loro il riconoscimento dei tratti della famosa statua del Kairós di Lisippo, come la ritroviamo nella descrizione che Posidippo compose nel III sec a.C. e che ritroviamo nel celebre dialogo tra Kairós e un passante: “ -Tu chi sei? -Kairós, il padrone del Mondo- Perché cammini in punta di piedi? -Corro senza posa. -Perché hai i calzari alati? -Volo come il vento. -Perché porti un rasoio sulla mano destra?

³⁵ JEAN CLAIR, Direttore del Museo Picasso di Parigi, in *Henri Cartier-Bresson, di chi si tratta?*, cit., Roma, 2003, p. 54.

-Per mostrare agli uomini che io, Kairós, sono più acuto e rapido di qualunque fendente"³⁶.

5. Il soggetto e le sue molteplici esigenze, non oggetto di un'interpretazione, dunque d'uno sguardo appiattito

Con questa lunga premessa voglio asserire che fondamento del mio personale pensiero vuole essere l'idea in forza della quale qualunque persona, per il fatto stesso di esistere, costituisce uno scopo, un fine, una dignità da salvaguardare, per cui l'equiparazione, la massificazione, insomma *“lo sguardo appiattito e poco attento alle esigenze dell'individuo”*, dunque della collettività, nei termini d'una formalistica interpretazione del precetto d'uguaglianza, solo si proporrebbero quali cause di sperequazione. Ritenere che l'umanità migliori migliorando ogni suo componente, restituendogli la realizzazione dei suoi specifici interessi, non è soltanto un modo di sentire poetico, una condizione esistenziale di fondo, ma è anche una concezione basata sui criteri di utilità. Muovendo dall'osservazione che, in diversa misura, tutti possono contribuire al progredire della

³⁶ Tradotto da MONIQUE TRÉDÉ, *Henri Cartier-Bresson, di chi si tratta?*, cit., Roma, 2003, p. 51.

società, risulta evidente che, a lungo andare, l'esclusione dei "diversi", non rientranti nell'ordine d'un sistema chiuso, altro non farebbe che ritardare o addirittura impedire uno sviluppo armonico della specie umana. *“Il modello organizzativo della società orizzontale prevede una distribuzione omogenea dei carichi e delle possibilità, dei doveri e dei diritti, in particolare di quelli fondamentali, vale a dire quelli che costituiscono la base per un'esistenza dignitosa e il presupposto per l'emancipazione dell'individuo”*³⁷.

Poiché la persona è dignità e valore, i vari diritti alla vita, ad esprimere la propria opinione, a muoversi liberamente nel territorio, ad associarsi con altri per perseguire fini leciti, alla libertà personale, ad avere una casa, a ricevere un'istruzione, a curare la propria salute, a trovare un lavoro e così via dicendo, sono riconosciuti a qualsiasi membro della società, senza eccezione alcuna. Di conseguenza, nessuno può essere eliminato fisicamente, ridotto alla condizione di schiavo, ostacolato nel manifestare il proprio pensiero. Conseguenze certo ben diverse avremmo laddove si prospettasse una società

³⁷ Tale prospettiva è pienamente e lungamente asserita da G. COLOMBO nel suo testo *Sulle Regole*, Milano, 2008. L'autore, dopo 30 anni in magistratura e con all'attivo decine di inchieste giudiziarie che hanno segnato la storia italiana recente, consegna la sua riflessione sulla giustizia e sul senso profondo delle regole. Egli sostiene che senza una discussione pubblica sulle ragioni delle regole, la vita in società non saprebbe proiettarsi verso il futuro, né riuscirebbe ad immaginare forme migliori di convivenza. E' per questo che la discussione sulle regole coinvolge anche i modelli di società a cui le regole si ispirano. Modelli verticali, basati sulla gerarchia e la competizione. E modelli orizzontali, più rispettosi della persona e orientati al riconoscimento dell'altro. Una strada, quest'ultima tracciata proprio sessant'anni fa dalla Dichiarazione Universale dei Diritti umani e dalla Costituzione Italiana.

verticale, ove la persona è semplice strumento, ove si evolve scartando gli inadeguati, ove le relazioni si basano su competizioni nelle quali chi perde soccombe ed ove valori fondanti sono quelli della separazione e dell'annientamento.

“Il punto di equilibrio, per salvare le ragioni del pluralismo, sta nella capacità del sistema di comprendere al suo interno la dinamica sociale, senza aspirare ad omologarla, secondo schemi chiusi e fissi³⁸. In caso contrario, la spinta interna delle varie componenti della società civile rischia di essere compressa e soffocata”³⁹

³⁸ Questo sicuramente il senso delle indicazioni ricostruttive di A. FALZEA, voce *Fatto vitale*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, pp.415-416.

³⁹ C. MAZZÙ, *La soggettività...*, cit., Milano, 2005, p.102.

Capitolo Secondo

ESISTERE PER IL DIRITTO⁴⁰

Sommario: 1. Il problema della soggettività giuridica nella storia dell'umanità: dal diritto naturale per l'uomo, al diritto moderno contro l'uomo. - 2. Dal "*pensiero unico*" alla "*post-histoire*". - 3. Salvatore Pugliatti quale anticipatore "*inquieto*" del post moderno nel diritto: "*dal bagno di attualità*" alla "*derridiana différence*". - 4. La Carta Costituzionale che sancisce il passaggio dal soggetto alla persona: l'altruità e il "*diritto diseguale*". - 5. In funzione della persona, l'individuazione di un diritto complesso, molteplice dunque plurimo.

⁴⁰ Titolo tratto da F. BRUNETTA D'USSEAU, *Esistere per il diritto. La tutela giuridica del non nato*, Giuffrè, Milano, 2001

1. Il problema della soggettività giuridica nella storia dell'umanità: dal diritto naturale per l'uomo al diritto moderno contro l'uomo

Il problema della soggettività giuridica riguarda l'essere umano e attiene il peculiare rapporto che intercorre tra l'uomo e il sistema di diritto⁴¹. Questo rapporto tra l'essere umano e l'ordine giuridico è problema antico che ha ricevuto, nel tempo, soluzioni di tipo diverso: ciò chiaramente perché il diritto, nella sua lunga evoluzione storica, non si è rapportato, nei confronti dell'uomo, sempre al medesimo modo.

Per quanto la storia inizi con l'uomo, lo stesso entra effettivamente nel diritto solo in tempi relativamente recenti, cioè con l'età moderna, nel '400, quindi in epoca di Umanesimo Rinascimentale.

Risulta a questo punto utile domandarsi come sia mai potuto succedere che l'uomo, soggetto di diritto così come oggi noi lo intendiamo, si sia affermato solo dopo tanto tempo da quando la giuridicità si è sostanzialmente costituita.

Se guardiamo al pensiero filosofico nella Grecia classica, subito

⁴¹ Per quanto molteplici siano i riferimenti al termine "soggetto", non v'è comunque, all'interno del nostro codice, alcuna definizione del termine in questione; ciò lo si giustifica in quanto, appunto, il problema della soggettività è un problema di relazione tra l'uomo e il diritto.

riscontriamo come nessuno mettesse in discussione l'idea secondo la quale l'uomo fosse soggetto di diritto. Tra le leggi divine “*non scritte e indistruttibili*” invocate da Antigone nel linguaggio della tragedia e la “*legge comune di natura*” che trova definizione nella prosa aristotelica, intercorre l'opera di riflessione filosofica compiuta dal pensiero greco intorno al problema dell'origine e della validità dei valori morali e delle leggi.

La **prima filosofia greca**, a partire dagli ionici, concepirà la legge sulla base di una fondamentale corrispondenza fra ordine sociale (*nómos*) e ordine naturale (*lógos*). Una medesima legalità presiede alle vicende umane e ai fenomeni naturali: la città, lo stato, l'individuo sono concepiti come facenti parte di un unico piano d'ordine, di un unico cosmo.⁴² Nel pensiero greco del VI secolo, l'ordine universale e necessario delle cose è visto sempre in un quadro normativo: ogni violazione dell'ordine è rottura di un equilibrio che reclama di essere reintegrato⁴³. Da qui, chiara conseguenza era che

⁴² In tal senso F. CIOFFI, G. LUPPI, A. VIGORELLI, E. ZANETTE, *Il Testo filosofico, vol. 1, L'età antica e medievale*, Mondadori, 1991, 216 in Legge e natura, il dibattito sulla politica nei sofisti: “*La distinzione, a noi familiare, tra mondo degli enti naturali e mondo delle creazioni umane non si è ancora formata, al pari di quella fra valore descrittivo e valore prescrittivo, cioè normativo di una legge. Noi possiamo parlare, per esempio, di <leggi della fisica> e di <leggi dello stato> intendendo che le prime descrivono rapporti e regolarità riscontrabili nei fenomeni o istituibili fra essi, le seconde prescrivono invece dei comportamenti, in violazione dei quali è prevista una sanzione*”

⁴³ In ciò consiste l'opera di Eraclito, l'opera della Giustizia, che governa con la stessa mano i moti dei cieli e la vita degli uomini: “*Il Sole non deve travalicare le sue misure, altrimenti le Erinni, ministre di Giustizia (Dike), lo sorprenderebbero*”.

l'uomo, parte del mondo della natura e suo protagonista, non poteva non essere anche il soggetto delle sue leggi.

Tale convinzione, con la generazione dei sofisti, attiva a partire dalla seconda metà del V secolo, verrà messa in chiara discussione⁴⁴. Nell'**indagine sofistica**⁴⁵ viene, infatti, a consumarsi la rottura della connessione fra ordine naturale e ordine politico - sociale: *“si comincia a delineare la distinzione fra mondo della natura - quale totalità delle esperienze e dell'ordine indipendenti dall'uomo - e mondo della cultura - quale complesso delle creazioni e maniere di vivere dell'uomo”*⁴⁶.

Separati i due mondi prima inscindibili, è il momento in cui ci si pone il problema della sorte dell'uomo: bisogna cioè stabilire cosa è che consenta all'uomo, che è soggetto nell'ordine naturale del mondo, di divenire soggetto anche in ambito giuridico.

⁴⁴ Il mito che Platone fa raccontare a Protagora nel dialogo omonimo costituisce una testimonianza attendibile del pensiero del sofista di Abdera in campo politico. Il mito permette di cogliere l'impostazione che Protagora dà al problema del rapporto fra dimensione “naturale” e dimensione “politica” nella vita dell'uomo. Queste due dimensioni, in Protagora, non coincidono: la natura non è sufficiente ad assicurare il funzionamento della vita associata, che richiede il rispetto di regole e l'esercizio di “virtù” specificamente politiche. L'uomo possiede per natura qualità che lo differenziano dagli animali, la capacità trasformatrice delle tecniche e l'elaborazione di prodotti del pensiero. Ma queste doti, interne al campo di esperienza dell'individuo singolo, si rivelano inadeguate a condurre la vita collettiva, necessaria alla conservazione stessa della specie. La *polis*, proprio perché è pensata da Protagora come interna al mondo della cultura, non a quella della natura, richiede una specifica attività educativa rivolta alla formazione della *virtù politica*, capacità che non è dovuta “né alla natura né al caso”, ma è frutto di insegnamento e di studio”. Cfr. PLATONE, *Protagora*, 320d-322d, trad. F. Adorno, in *Platone, Opere complete*, Bari, Laterza, 1982, vol. V.

⁴⁵ G. B. KERFERD, *I Sofisti*, Il Mulino, Bologna, 1988.

⁴⁶ R. MONDOLFO, *Alle origini della filosofia della cultura*, Il Mulino, Bologna, 1956.

Significativa, anzitutto, è la risposta che il **diritto romano** ha dato a questo problema. Nel mondo romano, coloro che si qualificano come titolari di diritti costituiscono una cerchia assai ristretta: solo il *cives romanus pleno iure* dispone della piena capacità giuridica⁴⁷. Intere categorie di individui, invece, rimangono escluse dal consesso civile: lo schiavo, infatti, in quanto *cosa corporale*, viene per lungo tempo incluso, nel diritto romano, tra le *res Mancipi* potendo, in quanto tale, essere oggetto di proprietà e di contrattazione tra liberi⁴⁸.

L'istituto della soggettività, di marca sicuramente romanistica, insegna proprio che di per sé l'uomo non è soggetto di diritto: può esserlo, come anche non esserlo.

Soluzione diversa venne resa nel Medioevo, con il **feudalesimo**. In tale età, fortemente gerarchizzata, i soggetti non stanno tutti sullo stesso piano, ciascuno ha un proprio trattamento normativo, con diritti e obblighi differenti sulla base della propria posizione nella struttura sociale. Nella società feudale l'idea di fondo è quella di una soggettività molto limitata: non vige più l'idea dell'uomo come "non - soggetto", mera *res*, quanto piuttosto di un "uomo-soggetto" sì, ma

⁴⁷ Ciò, nonostante la filosofia stoica diffondesse nelle classi colte di Roma l'idea di una pari dignità in tutti gli uomini; così ad esempio, Seneca scrive a Lucilio (lettera 47): "*Con piacere ho appreso dalle persone che vengono dalla tua casa, che tratti familiarmente i tuoi schiavi. Ciò s'addice alla tua saggezza e alla tua cultura. Sono schiavi. Sì, ma anche uomini...*", L. A. SENECA, *Lettere a Lucilio*, Torino, 1951, p. 146

⁴⁸ V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1954, p. 48.

dal trattamento diversificato. È questa l'epoca del cd. "diritto particolaristico", dunque del "diritto discriminatorio".

L'età moderna, dal punto di vista giuridico, rappresenterà, in risposta, la conquista del principio cardine, da noi oggi considerato come ovvio, nonché il principio di uguaglianza. Il riferimento è, ancora, al mero principio di uguaglianza formale, dichiarato dalle prime costituzioni moderne, ma che comunque consentirà l'affermazione piena dell'uomo come soggetto di diritto.

Sarà lungo il percorso per il raggiungimento di tale primo obiettivo. Studi recenti hanno messo in evidenza che la modernità avrebbe una doppia origine: **Bacone e Cartesio**.

Con Bacone, in piena coincidenza con le tematiche attuali, ruolo fondamentale nella comprensione dei fenomeni verrà riconosciuto alla pratica⁴⁹, all'esperienza, in tal senso alla diversità, dunque nel nostro caso, al soggetto storico- reale, nel suo contesto di riferimento.

In realtà, comunque, sarà per il tramite di Cartesio⁵⁰ che si definirà l'impronta del pensiero moderno. Tutto si basa sul *cogito*: la

⁴⁹ Ai fini della comprensione di un dato fenomeno, chiaro è che bisogna avvalersi di strumenti e mezzi teorici, ma la teoria non va assolutizzata, perché la teoria ha senso solo se prodromica alla pratica. Volendo fare un esempio, gli *Aforismi* 59 e 60 del primo libro del *Novum organum* di F. BACON (italianizzato Bacon) sono dedicati all'analisi critica degli "idola fori", o "idoli della piazza" oggetto, per la maggiore, di "cattiva e inetta astrazione". Il metodo induttivo Baconiano impone che la "forma" di qualcosa possa essere conosciuta solo a patto di vagliare la gamma più ampia possibile di materiali osservativi.

⁵⁰ La riflessione sul metodo, che attraversa tutta l'opera di CARTESIO RENÈ DESCARTES, acquista una rilevanza autonoma nelle giovanili *Regulae ad directionem ingenii* e nel *Discorso sul metodo*.

teoria, dunque, in forte dissonanza col pensiero di cui prima si è detto, prevale su tutto. Al di là degli esiti negativi che questo modo di intendere può produrre, in quel *cogito* c'è quel profilo essenziale di fondo che tocca proprio il soggetto: ed è quello l'elemento fondativo della soggettività. Alla resa dei conti, la *quaestio* circa il rapporto tra l'uomo e il diritto finisce per coincidere con l'interrogativo circa l'essenza dell'uomo, che lo differenzia dal genere animale, senza la quale infatti non si potrebbe capire come il diritto si deve rapportare all'uomo.

Cos'è che differenzia l'uomo rispetto al mondo che lo circonda, e che quindi obbliga il diritto a fare dell'uomo, e dell'uomo soltanto, il soggetto del diritto? In risposta, il *discrimen* sembra essere rinvenibile, appunto, nel *cogito* cartesiano: solo l'uomo è dotato di pensiero, e ciò rende l'uomo non assimilabile a qualunque altra entità del mondo di nostra possibile conoscenza. Il soggetto, quindi, in funzione di questo *cogito*, ha una pretesa che il diritto non può disconoscere: la pretesa di essere soggetto. Il pensiero diviene l'atto fondativo della soggettività.

Ma, nel nostro attuale ordinamento giuridico, cos'è il soggetto? Il codice civile del '42 in effetti ripropone quanto già espresso nell'idea del soggetto cartesiano. Risulta utile, a questo punto,

domandarsi chi è che abbia fatto transitare quest'idea di soggetto cartesiano nel mondo della giuridicità, nell'esperienza normativa.

Il processo, come sempre nella storia, non è da intendersi come meramente culturale, ma è anche da correlarsi al modo in cui la società si è evoluta e strutturata. Il passaggio dal soggetto cartesiano al “soggetto dei codici” avverrà per il tramite di un doppio movimento: l'uno culturale (**giusnaturalismo**), l'altro sociale (**affermazione della borghesia liberale**).

Solo rendendone un accenno, il giusnaturalismo moderno è quello che si fonda essenzialmente sulla ragione, è quello che sempre, sin dalle proprie origini, ha lottato in funzione dell'esaltazione dei diritti dell'uomo, essere razionale per eccellenza. Tale movimento culturale, ritiene che sono diritti di natura dell'uomo solo quelli che si possono razionalmente ritenere tali, quelli che cioè sono coesenziali alla ragione⁵¹. Tale ragione è da intendersi, in tale prospettiva, non soltanto in funzione cognitiva, dunque quale strumento di conoscenza dei diritti, ma anche in funzione costitutiva, nel senso che è dalla ragione che promanano i diritti medesimi. Insomma, è per il tramite del giusnaturalismo, promotore dei diritti che ineriscono la natura

⁵¹ L. LOMBARDI VALLAURI, *Giuridico e metagiuridico: diritto e dimensioni profonde della persona*, in Atti del XIV Convegno nazionale (Palermo, 12-15 maggio 1983), Milano, 1984, 57ss.

razionale dell'uomo, che viene a rilevare la massima esaltazione del soggetto nel diritto. Da qui la formula sintetica ed incisiva quanto famosa che la "persona" dell'uomo è il "*diritto umano sussistente*"⁵².

In termine, colui che farà transitare il soggetto cartesiano dal pensiero filosofico al mondo del diritto, sarà Ugo Grozio⁵³: l'uomo, di per sé, in virtù del pensiero razionale che lo contraddistingue, non è solo soggetto per il pensiero filosofico, è soggetto pure di diritto. Questo soggetto è portatore di diritti che sono espressione della sua natura pensante e che quindi non deve attendere che una legge glieli riconosca⁵⁴.

Il giusnaturalismo razionalistico o moderno meglio si rafforzerà incontrando, nel suo percorso, un alleato potente: l'Illuminismo giuridico, celebre movimento di pensiero alla base della Rivoluzione Francese (1789), dunque dell'affermazione della borghesia liberale.

Si afferma il bisogno di avere nuove regole giuridiche, di eliminare le strutture gerarchizzate della società, e di affermare una società di liberi ed uguali, in cui ognuno possa realizzarsi sulla base

⁵² ROSMINI, *Filosofia del diritto*, Ediz. Naz. XXXV, 191. Ciò risponde alla identificazione dei diritti del soggetto quali attributi della personalità dell'uomo.

⁵³ U. GROZIO, considerato il fondatore del giusnaturalismo moderno, *De iure belli ac paci*, edito in Francia nel 1625.

⁵⁴ A. FALZEA, *I diritti dell'uomo da Helsinki a Belgrado*, Milano, 1981, 4 ss., Introduzione al seminario tenuto a Messina il 3 maggio 1979 su: "*Il giusnaturalista mirava al riconoscimento di esigenze insopprimibili dell'essenza umana e poneva tale riconoscimento con la sua aspirazione all'universalità al riparo delle contingenze dei singoli ordinamenti giuridici: in un sistema normativo immutabile ed eterno come immutabile ed eterna è la natura razionale e spirituale dell'uomo*".

delle proprie capacità. È da qui che il soggetto del pensiero cartesiano entra nelle costituzioni moderne⁵⁵: un soggetto astratto, unico, omogeneo, decontestualizzato, irrealista, atemporale, seriale.

È questa, dunque, la fase della positivizzazione del soggetto, inteso quale fenomeno duale, cioè costituito da due elementi: quello sostanziale dato, appunto, dalla qualità umana⁵⁶ e quello formale dato, a sua volta, dal riconoscimento che gli conferisce, proprio in quanto “soggetto”, l’ordinamento giuridico. In questo modo il soggetto entra nel diritto non per forza propria, quanto in virtù di una convalida resagli dall’ordinamento giuridico: il soggetto si prospetta quale fattispecie. È fattispecie sì, proprio come lo sono i fatti, come lo è l’oggetto⁵⁷, gli atti, come lo è qualunque altro fenomeno giuridico in quanto preso in considerazione dal diritto, in quanto appunto oggetto

⁵⁵ *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* approvata dall'Assemblea Nazionale il 26 agosto del 1789 Pubblicazioni Centro italiano Studi per la pace; *Costituzione degli Stati Uniti d'America*, entrata in vigore nel 1789.

⁵⁶ Conserva propri, quindi, i caratteri che erano stati prefigurati dal pensiero filosofico moderno e più in particolare i caratteri attribuiti al soggetto così come concepito da Cartesio, cioè come soggetto astratto. Perché il problema, ricordiamo, era quello di individuare un elemento nel quale tutti si potessero riconoscere e questo elemento era rappresentato dal pensiero, dal cogito, quindi dalla razionalità che è propria dell’individuo. Questa sostanza che figura nella soggettività definitivamente positivizzata è connotata da astrattezza, non si fa infatti riferimento in concreto al soggetto storico - reale, si fa riferimento al soggetto in generale, per questa sua connotazione che è appunto la razionalità, che è insita nella natura umana, quindi la stessa qualità umana.

⁵⁷ Si pensi all’art 810 del c.c., in quella norma si dice: “*sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti*”, cioè le cose utili (questo è il momento sostanziale dell’oggetto), quando cioè queste cose formano oggetto di un diritto soggettivo, quindi quando a queste cose si unisce l’elemento qualificativo, elemento in questo caso rappresentato dal fatto che su quella determinata cosa insiste un diritto soggettivo: solo allora possiamo parlare di bene giuridico, di oggetto giuridico. Stesso è a dirsi, in genere, per tutti gli altri fenomeni, laddove infatti è rinvenibile il medesimo procedimento qualificativo. I fatti in sé e per sé nulla significano, significano per il diritto se e in quanto il diritto decide di prenderli in considerazione

di tutela da parte dello stesso.

Il diritto dunque “riconosce” ed è proprio questo l’elemento di qualificazione della soggettività, ciò che in sostanza fa dell’essere umano un soggetto di diritto, in termini tecnici, centro di imputazione di effetti giuridici.

Tutto ciò è quanto pienamente riscontrabile nell’art. 1 del c.c. in materia di capacità giuridica: *“la capacità giuridica si acquista al momento della nascita”*. Tale articolo viene a confermare che, per il semplice fatto di esistere, per il semplice fatto di nascere si dispone della capacità giuridica, cioè si è destinatari di tutti i possibili effetti giuridici⁵⁸.

Ma è chiaro che questa idea della soggettività contiene notevoli limiti: che il soggetto dipenda dal diritto è idea pericolosissima, idea che legittima il diritto a farsi arbitro dei destini del soggetto, così come lo è per qualunque altro fenomeno.

La modernità, per il modo in cui si è costituita, contiene i germi di una sorta di autodistruzione⁵⁹. Volendo proporre uno tra i molteplici

⁵⁸ La concezione **Kelseniana**, concezione tipicamente formalistica, meglio s’esprime sostenendo che *“la soggettività è sintesi degli effetti giuridici”*. Nel diritto sono formalizzati diritti ed obblighi, dall’insieme di questi è possibile risalire alla soggettività giuridica. Cosa diversa per l’uomo che, invece, sta fuori dal diritto: l’ordinamento non crea esseri umani, crea piuttosto i soli diritti e doveri (dentro l’ordinamento) di cui l’uomo (fuori dall’ordinamento) ne è il portatore.

⁵⁹ Pensiamo, ad esempio, che per poter giustificare le persecuzioni degli ebrei, Karl Larenz, grande civilista della Germania del secolo scorso, sosteneva che la soggettività fosse una *“posizione giuridica”*, cioè quella posizione giuridica che l’ordinamento attribuisce all’uomo nel

esempi di tragedie di cui l'umanità si è resa responsabile, se è vero che la soggettività dipende dal diritto, come condannare le persecuzioni razziali nei confronti degli ebrei? Con quale argomento, considerato che il diritto, in tale dimensione ha il potere di conferire la soggettività, così come d'altronde ha il potere di negarla⁶⁰?

In definitiva, questa della soggettività astratta è idea che ha chiaramente avuto dei meriti importanti, era in funzione dell'individuazione di qualcosa nella quale tutti potessero riconoscersi, era in funzione dell'agognato principio di uguaglianza - ma che comunque porta con sé, irrimediabilmente, buona parte del male dell'umanità del secolo scorso⁶¹. La soggettività dipende dall'esito di una valutazione fatta dall'ordinamento giuridico: l'essere umano sembra così legato per le mani e per i piedi al diritto, senza via di fuga alcuna, sembra aver prodotto da sé la gabbia della sua condanna.

L'uomo medesimo finisce per contraddire l'idea originaria

diritto. Ogni essere umano ha nel diritto una determinata posizione giuridica: il diritto ad alcuni può attribuirle ad altri può negarla. Il diritto nazista questa posizione giuridica la negò agli ebrei.

⁶⁰ H. ARENDT, *La banalità del male, Eichmann a Gerusalemme*, trad. P. Bernardini, Feltrinelli, Milano, 2003, p.142 "Il Male che Eichmann (tradotto dinanzi al Tribunale distrettuale di Gerusalemme l'11 aprile 1961, doveva rispondere di quindici imputazioni, avendo commesso, in concorso con altri, crimini contro il popolo ebraico, crimini contro l'umanità e crimini di guerra sotto il regime nazista, in particolare durante la seconda guerra mondiale) incarna appare banale, e perciò tanto più terribile, perché i suoi servitori più o meno consapevoli non sono che piccoli, grigi burocrati. I macellai di questo secolo non hanno la grandezza dei demoni, sono dei tecnici, si somigliano, ci somigliano ... Alla polizia e alla Corte disse e ripeté di aver fatto il suo dovere, di aver obbedito non soltanto a ordini, ma anche alla legge. Eichmann aveva la vaga sensazione che questa fosse una distinzione importante, ma né la difesa, né i giudici cercarono di sviscerare tale punto".

⁶¹ V. SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Giuffrè, Milano, 2005, p.21 e sg.

dalla quale era partito, per stravolgere e ribaltare quello che era il fulcro del pensiero cartesiano; si dissolve come niente il progetto funzionale a segnare il limite, a creare la differenza, per il tramite della valorizzazione ed esaltazione del pensiero, tra l'essere razionale e tutti gli altri elementi della realtà circostante. È evidente, dunque, la negativa evoluzione del concetto in questione: mai si sarebbe potuto e voluto credere che il soggetto venisse posto sullo stesso piano dell'oggetto o dei fatti o degli atti.

2. Dal “*pensiero unico*” alla “*post-histoire*”

L'individuazione del soggetto inteso alla stregua di una qualsivoglia fattispecie è limite che, nel passaggio dal moderno al postmoderno, è stato superato per il tramite dell'avvento della Costituzione, dell'acquisizione del principio d'uguaglianza sostanziale, del passaggio dallo Stato di diritto del cd. “*laissez faire*”⁶², allo Stato sociale, in definitiva della “presa d'atto” delle esigenze del soggetto

⁶² La fase del cd. “*lasciar fare*”, in forza della quale lo Stato non deve intervenire nei rapporti sociali, nei rapporti economici, è fase che comunque non resiste a lungo, cioè solo resiste per quel lungo periodo che gli storici indicano come la fase “dell'accumulazione capitalistica”. Lo schema della soggettività astratta è stato modellato intorno a quel soggetto ben preciso che è il soggetto borghese. La borghesia è la classe sociale uscita vittoriosa dalla Rivoluzione francese e che ha dominato per tutto l'800, ma che verso la fine dell'800 e i primi anni del '900 lascia il posto al proletariato e alle esigenze dello stesso, che nel frattempo esplodono.

storico - reale.

È per il tramite dello Stato sociale, infatti, che viene a promuoversi la stagione, dunque la generazione dei nuovi diritti: diritti che cioè tendono non soltanto a difendere il soggetto quanto anche a promuoverne, in certa misura, lo sviluppo. In tal senso, dunque, vanno via via sempre più emergendo diritti che rappresentano delle pretese da parte del “*soggetto decidente*” nei confronti dello “*Stato servente*” per cui, accanto ai tradizionali, quali il diritto alla salute, all’istruzione, al lavoro, vi si vengono aggiungendo il diritto alla salvaguardia dell’umanità, alla pace, all’ambiente, al divieto di manipolazione genetica etc...

Questa è l’idea di fondo dello Stato sociale, d’uno Stato che è dunque tenuto ad intervenire per migliorare le condizioni di vita dei soggetti, soprattutto dei più deboli, e che evidentemente non può essere indifferente a quello che avviene nella società, dovendo piuttosto intervenire per correggere gli squilibri di carattere economico e di carattere sociale. Evidentemente per lo Stato sociale, che comincia ad affermarsi sul finire dell’Ottocento⁶³, il parametro di

⁶³ Nella seconda metà dell’800 viene affermandosi la grande impresa da cui in conseguenza, naturalmente, il nascere, il venire in luce, alla ribalta della nuova classe sociale degli addetti all’impresa, dei lavoratori, di quelli che cioè che sono coinvolti nel processo di industrializzazione in corso. E’ proprio adesso che c’è una nuova classe sociale pronta a far sentire, dunque rivendicare, le proprie esigenze e i propri bisogni.

riferimento non sarà più rappresentato dal soggetto astratto, dal *cogito*, dalla semplice qualità umana, ma dalle concrete condizioni di vita in cui realmente vivono i soggetti. V'è cioè la presa di coscienza che, se si guarda astrattamente all'“essere uomo” non c'è differenza tra il borghese e il proletario, che tutti siamo uguali, ma anche che se guardiamo alle condizioni storiche - sociali, al modo in cui gli uomini vivono, ai problemi di cui sono portatori, alle esigenze che sono avvertite, se cioè in definitiva guardiamo agli uomini nella loro storicità, risulta inammissibile proporre una *reductio ad unum*. Insomma, non potendosi dire che i soggetti sono tutti uguali, proponendosi nella realtà della vita diversi gli uni dagli altri, lo Stato non può più seguire la politica del lasciar fare, del non intervenire, dovendo piuttosto farsi carico delle diversità date dalle esigenze, dagli interessi dei soggetti bisognosi, delle classi più disagiate, dei meno abbienti e diseredati.

L'interesse, quando si costituisce, contiene in sé un'istanza di realizzazione, un anelito alla realizzazione: il soggetto, quando si presenta al diritto, chiede allo stesso che tenga conto degli interessi di cui egli è portatore e si adoperi per la loro realizzazione. Ben si intende, a questo punto, che è il soggetto che detterà legge al diritto, e che è il diritto a dovere stare in una posizione servente rispetto al

soggetto: è il soggetto che, dicendo quali sono i problemi e quali sono gli interessi, prefigurerà lo scenario della tutela giuridica, appunto disegnando il tipo di intervento, cosa effettivamente sarà tenuto a fare il diritto.

È chiaro, dunque, che il rapporto tra soggetto e diritto, così intesi, cambia completamente, addirittura si ribalta: è il diritto che deve mettersi a disposizione del soggetto per risolvere i suoi problemi, in funzione della realizzazione delle sue concrete esigenze, è il diritto che definitivamente scende da quel piedistallo che la concezione tradizionale gli assegnava nei confronti del soggetto, ed è il soggetto che acquista una posizione da protagonista e di supremazia.

In tale direzione innovativa, la svolta sta nel credere che occorre partire dalle esigenze pratiche e reali di vita degli abitanti del tempo, dal tipo e dallo stile di vita dei consociati, dunque la svolta sta nel liberarsi definitivamente dall'idea di potere adattare, o ancora peggio asservire, i problemi ai metodi, la pratica alla teoria, la vita ai concetti. Si finisce sostanzialmente per acquisire piena coscienza che i fondamenti stessi del sapere sono ormai in crisi irreversibile⁶⁴, che il mutamento ha investito anche categorie, quali il tempo e lo spazio⁶⁵,

⁶⁴ A. GARGANI, *Il sapere senza fondamenti*, Torino, 1975

⁶⁵ Inquietante in tal senso la tesi di Z. BAUMAN, esposta in *Missing community* (2001), trad. it. di S. MINACCI, *Voglia di comunità*, Roma – Bari, Laterza, 2003; ed in *Liquid Modernity*, Oxford, 2000, trad. it. di S. Minacci, *Modernità Liquida*, Roma-Bari, Laterza, sulla quale, v.

un tempo ritenute immutabili⁶⁶.

Lo stesso Vincenzo Scalisi⁶⁷: *“Probabilmente determinate reductiones ad unum non sono più proponibili e sicuramente è venuto il momento di decretare la fine non del pensiero, ma di un modello di pensiero, cosiddetto pensiero unico”⁶⁸. Solo questo può essere il senso della proclamata fine della storia⁶⁹ e del preannunciato inizio della post - histoire⁷⁰...*

Il termine postmoderno è un termine ancora oggi troppo carico

l'originale lettura e l'acuta ricostruzione fatta da M. F. SCHEPIS, *Confini di sabbia. Un'ermeneutica simbolica dell'esodo*, Torino, Giappichelli, 2005. Quest'ultimo, infatti, rileggendo la vicenda dell'esodo ebraico in chiave moderna, valorizza la tesi Baumaniana del passaggio dalla modernità solida alla modernità liquida, per spiegare la caduta dei confini materiali, p. 232 e sgg. *“Questa attenzione per il controllo dei confini, per tutta la modernità, osserva Bauman, significa <addomesticare il tempo, neutralizzarne la dinamica interiore>, cristallizzarlo <insieme ai mattoni e al cemento delle mura>. Il tempo è cioè asservito alla logica dello spazio, <organizzato in intervalli regolari e inalterabili>, secondo la necessità dell'epoca di escludere l'imprevedibilità del futuro”*...*“Nella contemporaneità, constatata, infatti, Bauman, <le mura sono tutt'altro che solide e assolutamente non erette una volta per sempre. I secolari confini delle istituzioni tradizionali si indeboliscono. In particolare lo Stato perde il ruolo di principale dispensatore di certezza e sicurezza, man mano il potere, classicamente considerato come accentrato e coincidente con la territorialità statale, diventa extraterritoriale, non più impastoiato e neanche rallentato dalla resistenza dello spazio>. Perciò definisce metaforicamente la nuova epoca modernità liquida”*... *“Bauman prende in prestito il linguaggio della fisica per sottolineare come, entrata in crisi la modernità, le leggi dello spazio cedano il posto alle dinamiche del tempo. Capovolgendosi il dominio spazio-temporale, si capovolge anche il rapporto tra nomadismo e sedentarietà. Una condizione di vita <sempre più globalizzata e deregolamentata> disorienta infatti gli <radicati di nuova data> immessi nella precarietà dell'esistenza quotidiana e nell'incertezza del futuro”*. In realtà, con la fine delle ideologie, è subentrato il frammentismo politico, la perdita di identità *“dissolvendo l'unità della politica nel polverio giornaliero (che) impedisce la netta e precisa determinazione di qualsiasi gruppo o partito”* (N. IRTI, *La tenaglia. In difesa dell'ideologia politica*, Bari, 2008, pp.18 e 21).

⁶⁶ M. CACCIARI, *Saggio sulla crisi del pensiero negativo da Nietzsche a Wittgenstein*, Milano, 1976.

⁶⁷ V. SCALISI, *op. cit.*, Milano, 2005, p. 21

⁶⁸ Sulla ideologia del *“pensiero unico”*: I. RAMONET - F. GIOVANNINI - G. RICOVERI, *Il pensiero unico e i nuovi padroni del mondo*, Roma, 1996; P. PELLIZZETTI, *L'ideologia del “pensiero unico”*, in *Critica Liberale*, 1997, n.28, pg 25 e sg.

⁶⁹ Su cui G. VATTIMO, *La fine della modernità. Nichilismo ed ermeneutica nella cultura postmoderna*, Milano, 1987, pg 12.

⁷⁰ A. HELLER-F FEHER, *The postmodern Political condition*, trad. it. di M. Ortelio, Genova, p. 7 ss, spec. 11, 17

di ambiguità. Gli studiosi della postmodernità spiegano che indica un congedo (dalla modernità) ma non ancora un approdo sicuro a una nuova riva⁷¹. A volte l'opposizione moderno - postmoderno nel diritto è stata presentata come il passaggio da una Età della fede (la fede nel pensiero razionale, propria della modernità, quale strumento fondativo di un sistema giuridico oggettivo, autonomo e autoreferenziale) a una nuova Età, o più precisamente a una diversa concezione del diritto scettica, essenzialmente relazionale e relativa, nonché antifondativa, ossia senza fondamenti stabili e costanti né transcontestuali, riflettente una condizione di generale disincanto e inquietudine, in cui starebbe il nuovo destino dell'umanità⁷².

⁷¹ A. VILLANI, *Le "chiavi" del postmoderno: un dialogo a distanza*, Napoli, 1988, spec. p. 14. Ivi, altri riferimenti. La letteratura sul postmoderno è assai vasta. Tra gli scritti più significativi: J. F. LYOTARD, *La condition postmoderne*, (1979), trad. it. di C. Formenti, 4° ed., Milano, 1989; *Immagini del post-moderno* (a cura di C. Aldegheri e M. Sabini), Venezia, 1983

⁷² GARY MINDA, *Postmodern legal movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, trad. it. di C. Colli, Bologna, 2001, pp. 130- 138, 367 ss., 417 ss. Ed ancora sul postmoderno nel diritto: C. DOUZINAS – R. WARRINGTON – S. MC VEIGH, *Postmodern Jurisprudence*, London – New York, 1991; *Postmodernism and Law* (a cura di D. Patterson), Aldershot, 1994; GHERSI, *La postmodernidad Jurì dica*, Buenos Aires, 1995; N. LIPARI, *Diritto e Sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 1998, p. 409 ss.; E. GLIOZZI, *Postmodernismo giuridico e giuspositivismo*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 801 ss.

3. Salvatore Pugliatti quale anticipatore “*inquieto*” del post moderno nel diritto: “*dal bagno di fattualità*” alla “*derridiana différance*”

A conferma di tale nuovo movimento di pensiero, Paolo Grossi⁷³, acuto e fine esploratore della civilistica italiana, ci ha regalato preziose pagine su S. Pugliatti, che egli stesso definisce giurista “*beneficamente insidiato dal sottile tarlo dell’inquietudine*”, così proponendolo quale rappresentante, emblema e simbolo di quell’agitazione illuminata di pensiero, che non consente di ritenersi mai appagati dalle conquiste raggiunte, presupposto che sta alla base della potenza creativa del vero scienziato, perennemente in ascolto. È proprio Pugliatti⁷⁴, d'altronde, a parlarci di progresso scientifico quale opera di “*ricerca che mai si acquieta*”.

La concezione pugliattiana del diritto, non a caso, infatti, è una concezione storico- reale: storica perché il diritto è visto come valore immerso nel continuo fluire e divenire della storia, anzi è esso stesso prodotto della storia; reale, perché il diritto è identificato con la stessa reale e concreta esperienza di vita degli uomini assunta a dover

⁷³ PAOLO GROSSI, *Scienza Giuridica Italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, 2000; e soprattutto il riferimento è a *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, 2002.

⁷⁴ S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, cit., p. 88.

essere⁷⁵.

Le sistemazioni della scienza giuridica, dal cielo delle astrazioni devono discendere sul terreno della storia e restare dominio della storia, *“anzi devono sentire in permanenza il richiamo verso la storia, come i corpi sentono l’attrazione verso il centro di gravitazione”*⁷⁶.

Come già aveva osservato Jhering⁷⁷, *“non la vita esiste a causa dei concetti, ma sono i concetti che esistono a causa della vita”*⁷⁸.

Dunque storia e scienza stanno e devono stare in rapporto permanente e indissolubile. Sempre S. Pugliatti⁷⁹ tiene a precisare che *“la scienza fornisce alla storia le forme nelle quali si obiettiva il pensiero; la storia fornisce la rappresentazione del processo per mezzo del quale*

⁷⁵ S. PUGLIATTI *Per un convegno di diritto cosmico*, 1961, ora in Id., *Grammatica e diritto*, cit., p 253, lo stesso osserva che *“quando penetriamo veramente nel cuore del fatto, specie dei fatti costitutivi di fasi genetiche o cruciali dell’esperienza, vediamo fusi insieme l’essere e il dover essere, la realtà umana e storica puntualizzata nel momento del suo nascere e potenzialmente distesa nella sua sorte futura, nell’alveo della norma nata con essa”*.

⁷⁶ *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. It. Scienze giuridiche*, 1950, p 66; Id., *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, Prefazione, pp. VIII – VIII.

⁷⁷ Molteplici in tal senso e in tale peculiare momento di svolta, le soluzioni avanzate. La “concezione volontaristica”, per esempio, dirà che l’uomo è soggetto di diritto in quanto portatore della volontà, concezione della soggettività comunque subito considerata molto limitata, dato che non tutti quelli che sono dotati di volontà, sono i soli ed esclusivi soggetti di diritto. La critica fa leva sull’idea che soggetti di diritto sono tutti, anche quelli che non sono in grado di autodeterminarsi, anzi, a maggior ragione proprio quelli, considerato il momento che tende a garantire maggiore tutela giusto a coloro che ne hanno effettivo bisogno. Ciò non toglie che la concezione volontaristica ponendo l’accento sulla volontà, quanto meno collega la soggettività ad un dato reale, la volontà appunto, dato reale indiscutibile. Nonostante tale nota positiva, le concezioni realistiche in senso proprio e pieno, quali ad es. “lo storicismo” e la “concezione Jheriniana” del diritto, avranno la meglio. Queste infatti pongono l’accento direttamente sull’aspetto storico, reale della soggettività. Savigny evidenzia l’uomo, il soggetto di diritto cioè, non quale categoria astratta, ma quale indiscutibile *“essere storico”* che vive ed opera nella realtà del suo tempo. Jhering, ancora e meglio, rileverà la storicità e concretezza del soggetto individuando lo stesso quale *“soggetto d’interesse”*: l’uomo è in quanto portatore di interessi, in quanto centro di interessi.

⁷⁸ K. LARENZ, *Storia del metodo della scienza giuridica*, cit., p 61.

⁷⁹ *Nota su continuo e discontinuo*, cit., p. 368.

*il pensiero e l'azione, guidata e giudicata dal pensiero (azione immediata e riflessione), si svolgono continuamente*⁸⁰.

Non ci sono quindi, né possono esservi fondamenti stabili ed immutabili, né categorie storiche o atemporali: lo stesso sistema è in movimento, aperto ed elastico, dinamico e mobile, stretto nell'eterna opposizione dialettica tra continuo e discontinuo, dimensione diacronica e condizione sincronica⁸¹. Un diritto, quindi, senza una identità predefinita e *a priori*, ma contingente ed instabile,

⁸⁰ *Continuo e discontinuo nel diritto*, cit., p.89, con parole ormai divenute celebri PUGLIATTI, incalza: “ il giurista deve prestare ascolto alla società e alla storia che bussano alla sua porta e non fingersi sordo né tentare di abituarsi al rumore per non subirne più la molestia”.

⁸¹ V. SCALISI, cit., in *Teoria e metodo in S. Pugliatti*, p. 23, in relazione, nello specifico, a quanto espresso da Pugliatti in *Continuo e discontinuo nel diritto*, cit., pp. 88 e ss. “Alla radice – scrive Pugliatti – il sistema del diritto altro non è che sistema della realtà storico-sociale, che già in quanto umana e sociale porta in sé il proprio valore e come tale vive dell'inscindibile nesso tra fatti e valori e conseguentemente si afferma anche come realtà giuridica. L'esperienza giuridica non è che la stessa esperienza comune, vista sub specie iuris, esperienza che è vita, prassi e storia degli uomini, in quanto tale complesso di fatti e valori, che nel loro insieme costituiscono il <diritto>. E' questo - rileva Pugliatti - l'ordinamento giuridico, quale realtà complessa, originaria ed oggettiva, nella quale si danno inscindibilmente fatto e valore, costituente in quanto tale il continuo concreto e mobile dell'esperienza giuridica, espressione della dimensione diacronica della realtà. Dalla sintesi dialettica in cui è dato, si può scindere, ma solo per via di analisi e astrazione, l'indice di valore costituente il formale criterio di giuridicità che si cristallizza in norme e gruppi di norme e che dà luogo al discontinuo statico astratto del sistema normativo, il sistema cioè del diritto positivo, in cui si riflette la visione sincronica degli istituti. Il sistema del diritto, dunque, resta dualistico nella sua composizione, ma la sintesi è assicurata e anche l'unità garantita, perché se la realtà giuridica è la stessa realtà storico – sociale, la quale fornisce non solo i fatti ma anche i valori, l'essere e il dover essere, la materia e la norma, allora forma e sostanza- siccome avvinti da comune e solidale matrice- non possono che vivere in perfetta e costante simbiosi e una divaricazione non dovrebbe risultare non solo ammissibile, ma neppure possibile, in base al principio, connaturato alla storia, della integrazione del discontinuo astratto nel continuo (mobile) concreto. Che se poi il discontinuo astratto dovesse opporre resistenza alla integrazione e quindi dovesse determinarsi un dissidio tra ordine sociale e ordine giuridico, non ci possono essere dubbi: deve essere questo a riadattarsi e conformarsi a quello - quale espressione di un nuovo e conformativo assetto di valori - e non viceversa. Perché il diritto è espressione della concreta realtà delle società umane, e non si lascia privare di quella dimensione che è costituita dal dato storico-sociale, e che lo connota anche come diritto vivente o attuazione spontanea”.

socialmente e storicamente condizionato⁸²: in questo senso Pugliatti è il vero anticipatore del postmoderno nel diritto.

La “*complessità*” è considerata la categoria madre della postmodernità⁸³ e Pugliatti è il giurista teorico della complessità sociale nel diritto. Esplorando costantemente funzione e interessi sottesi ai diversi istituti, la cd. “*terza dimensione*” costituente di essi la ragion d’essere e il principio di individuazione, Pugliatti acquisisce la piena percezione che la realtà del diritto è estremamente articolata e complessa.

Così A. Falzea: “*con l’impiego delle regole di organizzazione l’insieme umano, integrandosi con le regole che governano le relazioni interindividuali dei suoi componenti, assurge al livello di complesso strutturalmente organizzato e funzionalmente efficiente*⁸⁴”.

⁸² V. SCALISI, cit, 2005, Milano, in *Teoria e metodo in Salvatore Pugliatti*, p 31, meglio specifica che: “*resta però la fiducia nel pensiero razionale, quale fattore di unità e criterio ordinatore in grado volta per volta di cogliere e tessere ifili del sistema, di un sistema però che è e resta nella stessa realtà storico sociale e come tale in essa rinveniente la sua fonte, piuttosto che in un’ impossibile e teorodentrica pretesa razionalistica. Un pensiero razionale e ordinatore, dunque, che non è sovrapposizione o sopraedificazione sull’originario mondo dei fatti e dei valori, ma semplice strumento di sistemazione concettuale ai fini di una valida e rigorosa conoscenza scientifica dell’esperienza*”. Scrive, infatti, Pugliatti in *Spunti metodologici*, ora in Id. *Grammatica e diritto*, cit., p.247 “*quello che si dice diritto, nella sua integralità è pensiero (scienza, sistema) e azione (esperienza concreta e puntuale), in continuo processo dialettico*”.

⁸³ Sul fenomeno della complessità sociale, v. F. PARDI - G. F. LANZARA, *L’interpretazione della complessità*, Napoli, 1980; M. CAMPANELLA, *Stato-nazione e ordine sociale. Modelli e paradigmi delle società complesse*, Milano, 1984; G. PASQUINO, *La complessità della politica*, Roma-Bari, 1985; D. ZOLO, *Complessità e democrazia*, Torino, 1987; *Organized Social Complexity* (a cura di T. R. LA PORTE), Princeton- New Jersey, 1975; N. LUHMAN, *Macht* (1975), trad.it (*Potere e complessità sociale*) di R. Schmidt e D. Zolo, Milano, 1979; U. HANNERZ, *Cultural Complexity. Studies in the Social Organization of Meaning* (1992), trad. it. di S. Neirotti, Bologna, 1998.

⁸⁴ A. FALZEA, *Enciclopedia del diritto (1958-2004), Annali I (accertamento-tutela)*, voce *Complessità*, Milano, 2007, p.210.

È soprattutto l'istituto della proprietà a meglio svelare e mettere a nudo il tema della complessità, come intreccio e combinazione di diversi e vari ordini e piani di interessi, a volte in gradazione gerarchica, altre volte concorrenti, ma solidali e altre volte apertamente confliggenti.

Il vasto giro di orizzonte sull'insieme degli istituti, emergenti soprattutto dalla copiosa legislazione speciale, gli aveva consentito non solo di constatare che entro la cornice di ciò che si indica col termine "proprietà" si raccoglievano ormai situazioni di interessi, sotto diversi punti di vista, assai differenti, ma soprattutto di pervenire alla conclusione che all'unità del termine non corrispondeva più - se mai in passato vi avesse corrisposto - "*la reale unità di un saldo e compatto istituto*"⁸⁵.

La portata innovativa di tali enunciazioni è a tutti nota ed in tal senso risulta utile e necessario sottolineare due aspetti di grande evidenza e significato premonitore di questo vero e proprio "*bagno di fattualità*" o se si vuole di "*storicità*", tramandatoci per mezzo degli studi pugliattiani sulla proprietà⁸⁶.

Ciò che risalta anzitutto è l'analisi della *complessità* come

⁸⁵ S. PUGLIATTI *La proprietà e le proprietà*, 1954, ora in Id., *La proprietà nel nuovo diritto*, rist., Milano, 1964

⁸⁶ Così P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano*, cit., Milano, 2002, p. 104

progressivo scoprimento della *diversità*⁸⁷: com'è noto, la ricerca delle differenze è il principio euristico della postmodernità⁸⁸ in cui, per l'appunto, tutto è diversità ed eterogeneità nel senso della *derridiana* *différance*⁸⁹.

Soprattutto emerge una svolta nel metodo, rappresentata dal valore ermeneutico della rinvenuta *complessità*, che Pugliatti segnala sul tema specifico della proprietà, ma che è chiaramente generalizzabile ed estensibile anche agli altri istituti civilistici. Così infatti C. Mazzù⁹⁰: “*Il pluralismo oggettivo era una sola delle dimensioni di un fenomeno, che andava consolidandosi e trovava la propria genesi (e non la propria conseguenza) nel pluralismo sociale. È stato questo l'esito finale della ricerca condotta nel rigoroso rispetto della metodologia pugliattiana*⁹¹, per cui l'itinerario attraverso i tipi di proprietà si conclude così con un significativo ritorno al soggetto, tutelato in quanto tale e non perché proprietario”.

Possiamo sostanzialmente rinvenire il passaggio da un'impo-

⁸⁷ C. MAZZÙ, *Proprietà e società pluralista*, in particolare tutta la parte terza titolata *Incidenza delle qualità del soggetto nei processi di qualificazione giuridica: proprietà e proprietari*, Milano, 1983.

⁸⁸ E. JAIME, *Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione giuridica*, in Riv. Dir. Civ., 1997, I, p. 829.

⁸⁹ Sul pensiero della differenza molteplici gli autori di riferimento: M. BLANCHOT, G. DELEUZE, E. LEVINAS, J. DERIDDA. Su tale ultimo in particolare, v. C. SINI, *I nuovi scenari filosofici*, in L. GEYMONAT, *Storia del pensiero filosofico e scientifico, IX. Il Novecento (4)*, a cura di E. Bellone e C. Mangione, Milano, 1996, p. 40 e ss, 52 e ss.

⁹⁰ C. MAZZÙ, *La soggettività contrattata*, cit., Milano, 2005, p. 54

⁹¹ C. MAZZÙ, *Proprietà e società pluralista*, cit., Milano, 1983, spec. pp. 289 e ss.

stazione tradizionalistica, in base alla quale tutto ciò che non appare rispondente o assorbibile entro le linee classiche di un predefinito schema è catalogato come “*deviazione*”⁹² e come tale immesso nel paradigma regola-eccezione, al rovesciamento di siffatta logica e conseguente adozione di una prospettiva di tipo nuovo, in forza della quale anche le situazioni d’interesse che non si lasciano attrarre nell’orbita dell’interesse fondamentale che definisce un determinato schema tipico devono considerarsi dotate di eguale valore e legittimità. Ne consegue che in quanto tali anch’esse risulteranno provviste di valenza sistematica e sicuro potere conformativo delle linee guida e dei principi guida dell’ordinamento, con rifluenze anche sulla originaria configurazione dell’istituto considerato, al quale viene così sottratta ogni funzione di modello - modale o di criterio di disvalore della diversità.

⁹² S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., *Premessa*, pp. V- VI.

4. La Carta Costituzionale che sancisce il passaggio dal soggetto alla persona: l'altruità e il "diritto diseguale"

Nella Costituzione è certo facile potere riscontrare il primo grande affresco della complessità sociale così come il primario principio sistematico, organizzatore di tale complessità. Non è un caso che sia appunto Pugliatti tra i civilisti, proprio nel periodo di massimo ostracismo riservato alla nostra Carta fondamentale dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti, a cogliere per primo la grande svolta rappresentata dai valori enunciati all'interno della stessa⁹³, sia per affermarne il carattere sovraordinato e direttamente conformativo di regole e principi codicistici, sia e soprattutto per far valere il principio di massima attuazione ed immediata precettività di fondamentali disposizioni costituzionali⁹⁴.

In tal senso non è difficile scorgere il recepimento di una delle più importanti, direi certo la fondamentale, indicazione costituzionale: la diversità come categoria e soprattutto come valore da preservare: il

⁹³ Come da tutti riconosciuto, i suoi contributi alla corretta interpretazione degli artt. 36 e 42 della Costituzione rappresentano i punti essenziali e imprescindibili, divenuti classici, nella letteratura sulle rispettive tematiche. Il riferimento, nello specifico, è a *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. giur. del lavoro*, I, (1949-1950), pp. 189-190; nonché a *Ancora sulla minima retribuzione sufficiente ai lavoratori*, *ivi*, 1951; *La proprietà e le proprietà*, *cit.*, p. 277 ss. Su tale aspetto della produzione giuridica di S. Pugliatti, v. la lucida testimonianza di P. PERLINGIERI in *Salvatore Pugliatti ed il <principio della massima attuazione della Costituzione>*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 807 ss.

⁹⁴ P. PERLINGIERI *Valori Costituzionali e tutela dei diritti*, in *Rassegna di dir. civ.*, Napoli, 1989, pp. 307 ss.

tutto, chiaramente, in funzione attuativa di corrispondenti statuti normativi differenziati, quale presupposto, secondo un'antica rivendicazione aristotelica⁹⁵, di effettiva e sostanziale uguaglianza.

La Costituzione, come a tutti noto, contiene due norme cardine intorno alle quali si regge la nuova idea di soggettività: l'art. 2 e l'art. 3, secondo comma⁹⁶.

L'art. 2 recita: *“La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali nell'ambito delle quali si svolge la sua personalità”*.

Riscontriamo in questa disposizione diversi aspetti fondamentali. Partiamo anzitutto dall'assunto secondo cui *“la Repubblica riconosce”*: cioè prende atto, l'intervento del diritto è quindi dichiarativo, non costitutivo, secondo d'altronde il nuovo ruolo attribuito allo Stato sociale. La soggettività è originaria, appartiene all'uomo per il semplice fatto di esistere, l'uomo è soggetto perché è uomo e nessuno può mettere in dubbio la soggettività, per questo il soggetto è soggetto e non è oggetto. Se ad un oggetto il diritto può attribuire la giuridicità, stesso non è a dirsi per il soggetto laddove

⁹⁵ Su cui U. CERRONI, *La libertà dei moderni*, Bari, 1973, p 83 ss.

⁹⁶ La letteratura in argomento è immensa, mi limito a richiamare qualche testo. BIANCA, *Diritto Civile, I, La norma giuridica e i soggetti*, Milano, 1978, pp. 138 ss.; V. PACE, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del Legislatore e dei giudici “ comuni”*, in *Riv. Dir. civ.*, 1989, pp. 685 ss.; G. M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, pp. 466 e ss.; A. SCALISI, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano, 1990, pp. 35 e ss.

infatti il diritto non può attribuire la giuridicità, ma solo limitarsi a riconoscerla.

La soggettività è qualcosa di innato, che il soggetto porta con sé, non solo come singolo, ma anche nelle formazioni sociali, cioè quando il singolo si relaziona con gli altri.

Orbene, questo individuo che si relaziona con gli altri è individuo meglio noto e conosciuto, negli studi non solo giuridici, ma anche filosofici ed ecclesiali⁹⁷, quale “*persona*”. L’uomo, infatti, non viene in considerazione solo come singolo, cioè come individuo, ma l’uomo viene anche in considerazione immerso e calato nel contesto sociale in cui vive. Insomma, la Repubblica riconosce i diritti inviolabili che spettano all’uomo sia come singolo, dunque in posizione *statica*, sia in posizione *dinamica*, come colui cioè, che agisce nel contesto e nei rapporti sociali, cioè anche quando l’individuo si relaziona con gli altri. Questo concetto di relazionalità è

⁹⁷ Termine questo d’uso in materia sì giuridica, ma anche filosofica e teologica. Rispetto al riferimento a tale ultima materia, P. PERLINGERI *La persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2004 nella sezione titolata *Persona e mercato nel messaggio di Papa Giovanni Paolo II*. “ Il Santo Padre Giovanni Paolo II, in occasione della visita al Parlamento Italiano del 14 novembre 2002, ha ribadito, con puntigliosa precisione e con particolare chiarezza, la centralità del valore persona, in ogni giusto ordinamento civile e sociale. ***Hominum causa omne ius constitutum est***”. Ed ancora in *Lettera enciclica di Giovanni Paolo II nel centenario della Rerum novarum* (dato a Roma, presso S. Pietro, il 1° Maggio - memoria di San Giuseppe lavoratore – dell’anno 1991, decimo terzo di pontificato), n° 46, Paoline Editoriale Libri, Milano, 13° ed., 2003, p.64, l’insegnamento del Papa culmina nella forte sottolineatura della “*necessità di una solida formazione della persona*” e in un crescendo secondo cui l’uomo “*vive in un’esistenza autenticamente umana grazie alla cultura*”, *all’altro, alle relazioni, dunque alla comunità, alla solidarietà*”. Il valore umano è in diretta ed essenziale relazione con l’essere, non con l’avere: “*l’uomo conta come uomo per ciò che è più che per ciò che ha*”.

importante: l'individuo non solo considerato in sé e per sé, ma anche nei rapporti con gli altri, in tutte le formazioni sociali, quindi nelle associazioni, nel sindacato, nel partito politico, nella famiglia, considerato che anche e soprattutto in queste, infatti, l'individuo è portatore di interessi che lo Stato deve riconoscere. L'individuo che si relaziona con gli altri si chiama appunto persona.

Non a caso nell'antico mondo romano col termine *persona* si indicava la maschera, cioè l'attore, colui che compariva sulla scena, ed era *persona* perché si spogliava dei suoi caratteri, dei suoi elementi di identificazione, finendo dunque sostanzialmente, anche lì, per rappresentare qualcos'altro: l'entità, *persona*, "attore" sta a rappresentare un personaggio, lui sì c'è, ma sta *per* un altro, forse meglio *con* un altro.⁹⁸

Tale carattere di "*altruità*" è dunque archetipicamente riferibile alla *persona*, la quale da sempre si porta dietro la caratteristica di non essere concepibile senza l'altro: la *persona* da sempre è stata, lo è, e d'altronde per sempre lo sarà, incapace di esistere da sola, ha imprescindibile necessità, per esistere, di rapportarsi con gli altri.

Ma la definitiva svolta, diciamo la *cd.* vera presa di posizione

⁹⁸ All'interno di tale questione, certo interessante, aprire il dubbio circa il perché, in francese, nessuno si dica proprio "*personne*".

della Carta Costituzionale è certo ravvisabile nel celebre, rivoluzionario, secondo comma dell'art. 3 in forza del quale “*è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*”.

È proprio per il tramite di tale norma che risulta possibile sinteticamente rivedere il difficile percorso della storia dell'uomo, dalla libertà *dallo* Stato alla libertà *nello* Stato sino a giungere alla libertà *per mezzo* dello Stato.

Per la Carta Costituzionale la libertà e lo sviluppo della personalità dell'individuo sono possibili soltanto quando lo Stato interviene per eliminare quei limiti che di fatto ne impediscono l'attuazione. Nella Costituzione v'è, quindi, un rapporto completamente opposto tra libertà e autorità: v'è prima la libertà; l'autorità dello Stato è al servizio della libertà dei cittadini. Sono stati necessari diversi secoli per potere passare dal concetto greco di democrazia a quello attuale.

Eguaglianza, nella Carta Costituzionale, non significa che tutti debbano essere trattati nella stessa maniera; eguaglianza significa

ineguaglianza, perché espressione d'eguaglianza relativa non staticamente intesa. Vi sono i proprietari e vi sono i non proprietari; vi sono quelli che hanno e quelli che non hanno. L'eguaglianza, in una società statica, diventa eguaglianza relativa alle posizioni acquisite; per la Costituzione, alla luce dell'art. 3 comma 2, l'eguaglianza è, invece, nozione relativa, nel senso che giustifica una disparità di trattamento a favore di chi si trova in una situazione d'inferiorità (economica, politica, sociale) rispetto a chi ha una condizione più vantaggiosa; altrimenti, l'uguaglianza enunciata dal 1° comma, secondo cui tutti siamo uguali di fronte alla legge, solo si proporrebbe, come diceva Aristotele, quale la maschera della diseguaglianza.

Tutto ciò significa che è possibile realizzare una vera democrazia soltanto tra persone eguali, libere allo stesso modo, libere dal bisogno, libere da specifici condizionamenti. Anche se si tratta di una costante linea di tendenza, perché molto difficilmente potrà essere realizzata una società completamente paritaria nella quale vi sia l'eguaglianza sotto tutti i punti di vista, è importante avere presente che la Costituzione prevede il rispetto del merito e l'eliminazione di tutti i limiti che impediscono la realizzazione della persona.

Si tratta di un valore che deve in ogni momento ispirare ogni manifestazione dell'attività del giurista sia quando è intento a colmare

le cc. dd. lacune dell'ordinamento sia in sede di rilettura della legislazione ordinaria sia, e in particolar modo, quando si dedica alla costruzione della teoria delle situazioni soggettive.

L'ordinamento giuridico presuppone l'esistenza di una diseguaglianza di fatto che deve essere eliminata o accentuando alcune diseguaglianze e considerandole statiche o eliminandone altre perché impediscono la pari dignità sociale e l'effettiva partecipazione dei cittadini alla vita della società. Non deve dunque meravigliare se la stessa Carta Costituzionale prevede una tutela particolare per la piccola proprietà o per il lavoro dell'artigiano o del coltivatore diretto. Non ci si deve fermare alla constatazione che la Carta Costituzionale favorisce l'accesso alla proprietà dell'abitazione (in quanto proprietà personale), ma si deve ricercare la *ratio* della norma. E' evidente che il discorso quantitativo diventa qualitativo e di scelta e non permette l'affermazione generalizzante secondo la quale la proprietà, l'impresa, l'iniziativa economica privata sono tutelate in una maniera, perché è necessario verificare l'incidenza effettiva di quella proprietà, di quell'impresa, di quell'iniziativa economica privata sulla società, quindi sulla realizzazione del principio dell'eguaglianza dei cittadini. Si spiega, quindi, il diverso intervento legislativo per la grande impresa e per la piccola impresa, e si giustifica una riforma differente

fra le piccole e le grandi società per azioni. La grande impresa e la grande iniziativa economica hanno un peso maggiore di quello che possono avere la piccola impresa e la piccola proprietà; quindi, le situazioni patrimoniali, anche in tale prospettiva, sono strettamente legate ai valori personali. La necessità di una diseguaglianza di trattamento delle diverse situazioni, in tanto ha significato in quanto tenda alla realizzazione del principio d'eguaglianza ed alla eliminazione dei limiti che di fatto impediscono il pieno sviluppo della persona. In questo, naturalmente, v'è una certa discrezionalità nella valutazione, che però deve essere anch'essa ispirata ai valori costituzionali; in definitiva v'è l'irrompere della nuova soggettività nell'accezione di persona che giudica il diritto e che non si fa giudicare dal diritto, la cd. "*soggettività decidente*", il nascere, l'espandersi e il proporsi d'una serie molteplice di diritti di nuova generazione, di cui già sopra detto.

5. In funzione della persona, l'individuazione di un diritto complesso, molteplice dunque plurimo

In conclusione di questo lungo percorso storico intorno al tema della soggettività, meglio persona, risulta definitivamente chiaro che il *pluralismo*⁹⁹ è alla base del progetto postmoderno e vuole esprimere, oltre ad una pluralità di discorsi e culture, una visione soprattutto del mondo come “*pluralità di spazi e temporalità eterogenee*”¹⁰⁰. La metodologia pluralista del pensiero del molteplice muove dal presupposto che progresso tecnologico¹⁰¹, avvento post - industriale¹⁰², globalizzazione¹⁰³, hanno ulteriormente potenziato il processo di pluralizzazione della realtà sociale, con l'emergere di nuovi soggetti sociali, la nascita di una nuova costellazione di bisogni, il venire ad esistenza di nuove categorie di beni, provocando, su basi nuove, una “*ristrutturazione degli orizzonti e delle dimensioni di vita*”¹⁰⁴ degli

⁹⁹ G.B. VACCARO, *Deleuze e il pensiero del molteplice*, Milano, 1990.

¹⁰⁰ A. HELLER – F. FEHER, *The postmodern political condition*, cit., pp. 7-19.

¹⁰¹ S. COTTA, *La sfida tecnologica*, Bologna, 1968; E. SEVERINO, *Il destino della tecnica*, Milano, 1988; P. CERI – P. BORGNA, *La tecnologia per il XXI secolo*, Torino, 1998.

¹⁰² Su cui specialmente, A. TOURAINE, *La société post-industrielle* (1969), trad. it. di R. Bussi, 2° ed., Bologna, 1972. A. COLOMBO, *Le società del futuro. Saggio utopico sulle società post-industriali*, Bari, 1978. D. BELL, *The Coming of Post-Industrial Society: A venture in Social Forecasting*, New York, 1973.

¹⁰³ Cfr., in particolare, I. CLARK, *Globalization and Fragmentation. International Relations in the Twentieth Century* (1997), trad. it. Di G. Gasperoni, Bologna, 2001; Z. Baumann, *Globalization. The Human Consequences* (1998), trad. it. Di O. Pesce, Roma-Bari, 1999; L. GALLINO, *Globalizzazione e diseguaglianze*, Roma-Bari, 2000; M. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000; Id., *Il diritto al presente*, Bologna, 2002.

¹⁰⁴ N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p.625.

individui come pure dell'intero sistema sociale.

L'ordine giuridico chiamato a dar conto della molteplicità della esperienza e della realtà sociale, riflette il mutamento dal soggetto ai beni, dalla famiglia alla proprietà, dal contratto alla responsabilità, esprime rifiuto verso ogni concezione o pregiudizio monista con la predisposizione di una sorta di "statuto delle categorie" pronto a dar luogo ai cc. dd. "microsistemi normativi" basati, certo, sul rilievo della ineliminabile varietà e diversità delle situazioni di interessi in campo.

Se, secondo la nota formula che condensa l'assunto teorico fondamentale della post - modernità, "*il mondo non è uno ma molti*"¹⁰⁵, anche il diritto quale espressione della concreta realtà delle società umane, non può non coniugarsi necessariamente al plurale così disponendosi in modo da far posto a statuti normativi plurimi e diversificati in grado di aderire alla infinita e mutevole varietà delle situazioni di interessi in campo.

Tutto quanto detto, comunque, mai dimenticando "*il leitmotiv della metodologia pugliattiana*"¹⁰⁶ *della molteplicità non disgiunta*

¹⁰⁵ Cfr. G. FORNERO, *Postmoderno e filosofia*, in N. ABBAGNANO, *Storia della filosofia*, IV, 2, Torino, 1994.

¹⁰⁶ V. SCALISI, cit., 2005, Milano, p.35: "**Pugliatti** – che non si dimentichi, nei suoi scritti dialoga continuamente e alla pari non solo con i giuristi, ma anche con economisti, filosofi, storici, matematici e fisici, letterati, linguisti, musicologi e sicuramente la lista non è completa – già egli stesso esprime una personalità multipla e plurale, se non addirittura globale".

*dall'unità, o dell'unità che riflette e tiene avvinta la molteplicità, come sintesi che vive in costante tensione dialettica in grado come tale di sciogliere l'apparente contraddizione tra i due termini della coppia, nella misura in cui l'unità serva a dare risalto e valore alla molteplicità evitandone l'atomizzazione e la dispersione, e la molteplicità a sua volta valga a conferire storicità e concretezza dinamica all'unità, scongiurando l'immobilismo e soprattutto il determinarsi di fratture o pericolosi distacchi tra diritto e vita!"*¹⁰⁷.

¹⁰⁷ V. SCALISI, cit., 2005, Milano, p 38.

Capitolo Terzo

NOI DIVERSI GLI UNI DAGLI ALTRI (GLI STATUS), NOI MOLTEPLICI RISPETTO A NOI STESSI (LE NUOVE SOGGETTIVITÀ)

Sommario: 1. La soggettività giuridica che non disconosce il suo *status* antropologico. - 2. Il Modello soggettivo dicotomico **professionista - consumatore**: nuove frontiere per lo *status*. - 3. **Risarcimento** e *status*. - 4. *Status* di **coniuge** e danno esistenziale: lesione del diritto alla “*serenità familiare*”. - 5. *Status* di coniuge e sue discusse potenziali conseguenze positive (titolo di acquisto automatico della proprietà) e negative (titolo per la confisca dei beni). - 6. *Status* di **collaborante**: soggettività strumentale. - 7. Obblighi dello Stato verso il collaborante: la promozione della sua **identità** tramite il percorso di risocializzazione. - 8. Il **Mutamento di sesso** per una rinnovata identità intesa nella sua interezza.

1. La soggettività giuridica che non disconosce il suo *status* antropologico

Il nostro sistema positivo attuale segnala - per l'incidenza soprattutto della più recente legislazione speciale di settore e di quella, in particolare, più propriamente attuativa di corrispondenti valori e principi costituzionali - una singolare inversione di tendenza rispetto al processo storico che nel secolo scorso dallo *status* s'era riferito al contratto¹⁰⁸. Evidente oggi il ritorno, con funzione diversa, allo *status*: è per il tramite dello *status*, infatti, che si può aspirare ad ottenere una eliminazione, quanto meno riduzione - ai fini dell'agognato livellamento costituzionale - delle inevitabili differenze "fisiologicamente"¹⁰⁹ sussistenti nel sistema sociale, dunque nel nostro

¹⁰⁸ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, in *Dir. soc.*, 1978, p. 631 ss.; e, ora, in Id., *L'età della decodificazione*, Milano, p. 28 ss.; ma soprattutto, P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1982, pp. 152 ss.

¹⁰⁹ Basta semplicemente occuparsi della vicenda esistenziale dell'uomo in tutti i momenti attuativi, in tutte le sue età, reali e simboliche, rispetto alle quali occorre far salve le ragioni dei valori positivi che in vario modo si manifestano. Per dirla con L. ROSSI CARLEO, *Il futuro degli anziani e le ragioni di una ricerca* in *La terza età nel diritto interno ed internazionale*, Napoli, 1997, pp. 13 e sgg., (riportato da C. MAZZÙ in *La soggettività...cit.*, pag 111 nota 103) certo fondamentale l'ammonimento in forza del quale " *la vecchiaia non costituisce un mondo a parte, ma è parte integrante della società, caratterizzata da gravi disuguaglianze sociali, per cui i diritti degli anziani trovano la loro effettività nelle politiche degli anziani, ma queste a loro volta, non hanno senso avulse dalla politica in generale ... Rinneare la <categoria > degli anziani non significa, pertanto, superare il <problema> anziani parificando tutte le fasi della vita, assumendo un modello, sia pure eletto come ottimale, rispetto al quale tutti i periodi dell'esistenza devono tendere ad una omologazione. Significa, piuttosto, ribadire che l'essere anziano non deve, di per sé, costringere la persona a rinunce forzate, ciò malgrado essa deve, altresì, poter vivere l'età matura come un diritto, cioè senza sforzo ad essere, all'opposto, costretta ad una giovinezza forzata ... Poiché la vecchiaia non identifica più un destino, ma si avvia a diventare un' area di cittadinanza di diritti individuali, ne consegue che le accresciute possibilità teoriche di soddisfare i bisogni e realizzare i desideri, aumentano altresì le interferenze nella sfera del singolo da parte di istituzioni esterne al suo microcosmo*".

ordinamento.

La logica che tradizionalmente ha ispirato la legislazione sui soggetti deboli non funziona più; del tutto inadeguata è ormai la bipartizione operata dal codice civile in due grandi categorie: i “normali”, capaci, e i “deboli”, incapaci, ai quali è sostanzialmente preclusa la possibilità di partecipare alla vita civile. È chiaro a tutti che l’idea stessa di normalità cela l’insidia della discriminazione del “diverso”. Il termine *tolleranza*, anche etimologicamente, evoca l’idea di una sopportazione a fatica e comunque fa riferimento ad una situazione in cui ci si rapporta a qualcosa di estraneo: ma questo atteggiamento non può essere tenuto da un sistema costituzionale. Un ordinamento non può essere ostile verso qualcosa che già qualifica come intraneo, perché la tolleranza si giustifica proprio sulla base

Parlo di “categoria”, e non tecnicamente di *status*, perché così si esprime non tutta, ma buona parte della dottrina riferendosi ai minori, agli anziani e a tutta una serie di ulteriori soggetti tradizionalmente considerati deboli: tossicodipendenti, omosessuali, minoranze etniche ... soggetti tutti che presentano una deviazione rispetto al modello adottato da una società quale standard di riferimento. Nello specifico c’è chi ritiene che, con riferimento al **minore**, il ricorso alla figura dello *status* non sia proprio utile ai fini di una produttiva ricostruzione della sua posizione giuridica, può avere solo valore meramente descrittivo. Con ciò non si intende negare la diversa realtà esistenziale che caratterizza i minori, ma evitare che si cristallizzi in una rete di differenze formalizzate scaturenti dall’appartenenza a determinate categorie sociali, che nella logica degli *status*, si convertono in stratificazioni giuridiche cristallizzate. Così E. LA ROSA *Minore età e soggettività* in *Soggetti e ordinamento giuridico; Segmenti del diritto civile*, a cura di R. Tommasini, Torino, 2000, p.14.

A rigor di contenuti, tengo ulteriormente a sottolineare che, in effetti, riferendoci nello specifico alla posizione dell’**anziano** c’è chi nega si possa parlare anche di categoria. Presupposto formale per la individuazione di una categoria è che sia possibile delimitarne in modo certo i confini: il che equivarrebbe, nel caso in questione, a ritenere individuabile una soglia di età oltre la quale si divenga anziani “a norma di legge”. In sostanza gli anziani compongono una fascia sociale scarsamente omogenea. Così MINERVINI *Esiste la categoria degli anziani? (a proposito di violenza morale ed età)*, in *Giur. It.*, 1989, IV, p. 318.

della somiglianza di individui, non sull'uguaglianza tra essi¹¹⁰.

Uguaglianza, d'altronde, non significa appiattimento della personalità individuale: al contrario, la “vera uguaglianza” non cancella, ma esalta le differenze e la personalità dei soggetti¹¹¹.

In tale direzione, oggi, il ritorno allo *status* - nella sua nuova accezione pienamente ribaltata rispetto all'impostazione medievale finalizzata a meglio avvantaggiare i più forti¹¹² - che dunque lascia alle proprie spalle il contratto¹¹³ - importante conquista dell'età

¹¹⁰ A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, pp. 336-337, così come citato e sviluppato da C. MAZZÙ, *La soggettività contrattata*, cit., Milano, 2005 pag 110, nota 101: “L'intelligenza di tale impostazione va ravvisata proprio nella valorizzazione del momento qualificativo da parte dell'ordinamento. La qualificazione di intraneità al sistema deve sottoporre il nuovo elemento allo stesso statuto di uguaglianza che percorre tutto il sistema, e non solo i soggetti che lo compongono. Chiaramente esistono situazioni intermedie e non si biasima questo contemperamento di interessi, ma riflettere sui termini ha spesso una valenza ulteriore rispetto all'esigenza nominalistica. Ad es., valutando un altro profilo, si ponga mente al problema della qualificazione in relazione alla tendenza sessuale: intenderla come un modo d'espressione della personalità, che si esprime anche attraverso la sessualità, è sicuramente un modo molto intelligente di porsi di fronte a questo fenomeno. Ma l'attenzione dedicatavi, probabilmente eccessiva ed esagerata proprio dall'atteggiamento deprecabile di questi ultimi tempi, consistente nel porre al centro di ogni espressione sociale la sessualità e tutte le sue manifestazioni, porta alla luce il dilemma che si ha quando ci si pone di fronte ad ogni tipo di minoranze. Il problema, dunque, consiste nella necessità di riconoscere l'esistenza di eccezioni (ma solo sulla base di una valutazione quantitativa) ad una regola sociale prevalente, perché espressione di uno stile di vita generalmente seguito, ma non perché si voglia procedere ad una comparazione in termini assoluti di valore”.

¹¹¹ Cfr. D. FARIAS, *Crisi dello stato, nuove disuguaglianze e marginalità*, Milano, 1993, non si consegue una sostanziale ed effettiva uguaglianza finché non si tenga conto delle differenti condizioni personali dei singoli soggetti e il conseguente trattamento normativo non risulti diversificato sulla base delle particolari posizioni individuali e delle specifiche qualità soggettive di ciascuno nell'ambito della comunità e all'interno di gruppi e formazioni sociali.

¹¹² C. MAZZÙ, *Riflessioni sullo status tra passato e futuro* in via di pubblicazione “In altri tempi e ambiti sociali, l'idea dell'appartenenza e del reciproco riconoscimento costituiva la matrice dello sviluppo di un sistema chiuso e autosufficiente, sicché lo status aveva una funzione selettiva ed esclusiva”, sulla base di quanto espresso in *Proprietà e società pluralista*, cit., Milano, 1983, pp.169 e ss.

¹¹³ C. MAZZÙ, *Riflessioni sullo status tra passato e futuro* in via di pubblicazione, *supra* cit.;; “L'illusione liberista aveva indirizzato il sistema verso l'uso del contratto come strumento liberatorio, quale veicolo di ricchezza, ma – ancor prima e - soprattutto come fattore di reciproco riconoscimento e omologazione sociale ... Il risveglio, talvolta tragico, dal sogno ha dimostrato che il contratto non aveva poteri taumaturgici di emancipazione sociale, sicché è ripreso il ritmo epocale altalenante “dal contratto allo status” e ora - per usare una metafora meteorologica, che

moderna, contenuta all'interno dell'attuale nostro codice civile, rappresentativo d'una eguaglianza solo formale - altro non è che la preferenza accordata dall'ordine giuridico a un modo di considerare il destinatario della norma giuridica fondato sulla rilevanza delle sue qualità soggettive, delle sue condizioni personali e della sua posizione sociale. Il tutto è il risultato d'una transizione - da intendersi mai come definitiva, bensì piuttosto come in continuo divenire ed affermarsi - da un sistema giuridico d'impianto "economicistico" ad uno di natura "personalistica"¹¹⁴. Si evidenzia una vera e propria rivoluzione copernicana, una "mutazione genetica", una "novazione del fondamento dello status", in un ambito caratterizzato dall'affermazione sempre maggiore di valori della persona non negoziabili, di bisogni primari di vita, da soddisfare anche al di fuori di contesti contrattuali. *"La crisi del contratto ha privato il sistema di uno strumento emancipatorio essenziale, ma non esclusivo: al suo posto altri istituti possono svolgere la funzione ad esso assegnata, ma storicamente mancata ... Basta, a tal fine, aver trovato un nuovo ambito di operatività al concetto di status, emendando la sua immagine dai pregiudizi tradizionali e dimostrando la sua funzionalità*

ben si attaglia alla tempesta economica di questi anni - il contratto cerca riparo sotto l'ombrello accogliente dello status ...".

¹¹⁴ Fondamentale la ricostruzione resa da P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972.

rispetto ad un disegno politico-costituzionale moderno ... Cessata l'originaria funzione discriminatoria, lo status può essere riguardato oggi come strumento tecnico suscettibile di usi diversi, orientandone le caratteristiche in senso progressista, come elemento promozionale integrativo, a disposizione dell'ordinamento"¹¹⁵.

Se, in passato, nella logica del modello di uomo economico delineato dal codice, il soggetto era debole perché economicamente dipendente da altri, oggi, invece, il parametro di riferimento diventa la capacità di poter esprimere le proprie concrete volontà di realizzazione, senza essere vittima di alcun potentato pronto a sovrastare le istanze del singolo: in tal senso, sono emblematiche le discipline a favore del consumatore e dell'assicurato (entrambe del 2005), nonostante intorno al cd. codice delle assicurazioni (D. Lgs 209/2005) siano sorte consistenti polemiche¹¹⁶ circa i molteplici vizi di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 2, 3, 24, 32, 76 della Cost: tali contrasti, anzi, evidenziano come appaia quasi tabuistico il tentativo di ridimensionare la forza economica dei poteri azionari facenti capo alle assicurazioni.

¹¹⁵ C. MAZZÙ, *Proprietà e società pluralista*, cit., Milano, 1983, pp. 197-198.

¹¹⁶ M. BONA, *Risarcimento del danno, procedure di liquidazione e azione diretta nel "codice delle assicurazioni": prime riflessioni critiche*, in *Responsabilità civile e previdenza*, rivista bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione, Vol. LXX – N. 4-5, Milano, 2005, pp. 1172 e sgg.

Dietro la ricognizione, la ricostruzione, l'aggiornamento dei dati e delle categorie teoriche - sintesi del lungo percorso del soggetto all'interno del sistema inteso nell'accezione più aperta e pluralistica - s'addivene ad una sorta di inventario ideale, ad un'articolazione progressiva di modelli soggettivi diversi. Le definirei, dunque, "costellazioni soggettive", sempre tratte e quindi riferibili alla, sia pur caotica, disciplina speciale. Tali aggregati normativi finiscono talora per prevalere sul modello tipico e generale di soggetto, non rinnegandolo, ma troppo spesso prescindendone, presupponendone in modo inerte l'esistenza e l'operatività.

Una soluzione coerente alle nuove necessità dell'essere, in costante inevitabile dialogo-scontro con il mondo dell'avere, va ritrovata nell'affidarci, quindi, alla "forza evocativa" e alla "duttività teorica" del concetto di *status*, per affrontare in termini attuali un problema sicuramente nuovo per le proporzioni e la qualità di questioni che presenta.

"Il segreto della longevità, quasi una perenne giovinezza teorica dello status, sembrava individuato nella sua capacità di rispondere alle esigenze della società pluralista, coniugando dinamica sociale e regole di sopravvivenza del sistema, grazie all'ormai acquisita accettazione della pluralizzazione e articolazione

della soggettività, ferma restando l'unità della persona.

La peculiarità dello status era parsa consistere in questa sua idoneità a modulare la direzione e l'intensità degli effetti, in funzione del contesto soggettivo, svolgendo una funzione di raccordo tra i portatori d'interessi sociali”¹¹⁷.

È evidente che la categoria dello status, svolgendo funzione di raccordo, si mostra utile per consentire una rivalutazione, nella più volte richiamata logica pugliattiana, unitaria e sistematicamente attendibile, che si risolve in una metodologia di analisi delle disposizioni derogatorie o eccezionali, rinvenibili nelle molteplici leggi speciali, frutto della nuova era della decodificazione, in materia di locazione, lavoro, contratti agrari, edilizia economica e popolare, etc... Come spesso accade in diversi settori, le novità provenienti dalla “periferia” dell'ordinamento finiscono con l'acquisire progressiva dignità e con l'esprimere interessi di qualità tale da imporsi come fattori, non episodici, ma strutturali del sistema¹¹⁸.

Dinnanzi all'istanza di ricomposizione dell'ordinamento, in movimento frenetico lungo un sentiero di crescita sociale, sembrano

¹¹⁷ Questa era stata l'impostazione originaria di C. MAZZÙ *Status del soggetto, ordinamento democratico e fruizione dei beni* in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1980, 968 ss., successivamente ricompreso e rielaborato in *Proprietà e società pluralista*, cit., Milano, 1983, parte III, p. 156 ss. sotto il titolo: “*Incidenza della qualità del soggetto nei processi di qualificazione giuridica: proprietà e proprietari*” ed in ultimo nel più recente *La soggettività contrattata*, cit., Milano, 2005.

¹¹⁸ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., pp. 68-72

scorgersi le sagome di figure soggettive “ripetute” (perché si considerano le loro “ripetibili”, ma specifiche, qualità). Certi “sempre uguali” motivi di tutela, consolidati quasi tipizzati - si pensi al cittadino privo di casa, all’inquilino con basso reddito, al coltivatore manuale della terra altrui, al lavoratore subordinato privo di tutele legali, al consumatore, all’assicurato - non sono più da considerarsi espressione di contingenze occasionali, ma “*condizioni di durevole minorità sociale*” ostative allo svolgimento di una vita libera e dignitosa, così come piuttosto prospettata in sede costituzionale.

Pare opportuno assegnare allo *status* “*una funzione di richiamo e coordinamento di situazioni giuridiche facenti capo allo stesso soggetto, per agevolarne e rafforzarne la simultaneità, tempestività ed efficacia della tutela*”¹¹⁹, così tessendo intorno alla persona una ragnatela, risultante di più fili il cui organico collegamento divenga concreto e forte scudo di protezione.

La rilevanza tendenzialmente stabile di specifiche qualità del soggetto, espressive di condizioni di disagio e svantaggio sociale, ha

¹¹⁹ C. MAZZÙ, *Proprietà e società pluralista*, cit., Milano, 1983, p 194, già in riflessioni, oggetto di comparazione di più punti di vista, svolte un trentennio fa: “*Due sembrano le impostazioni di fondo della dottrina sullo status: l’una fondata sulla ricostruzione sintetica di una nuova ed autonoma situazione giuridica a carattere complesso (in tal senso Falzea, Cicu, Perassi, Ascarelli, Nicolò); l’altra orientata a cogliere il profilo unitario delle situazioni soggettive, che si sostanzia nella tutela del collegamento, di modo che si rende compatibile la duplice rilevanza delle situazioni stesse, sia in quanto singole, sia nella loro considerazione unitaria (in tal senso Pugliatti e Carnelutti)*”

consentito il salto qualitativo verso una valutazione diversa della loro natura e funzione: *“dalla debolezza - svantaggio alla debolezza - differenza quale criterio di emersione delle reali condizioni individuali; la diversità come valore da tutelare e promuovere”*¹²⁰.

Ai fini d’una migliore e concreta considerazione del punto, apro una breve parentesi metaforica, nuovamente riferendomi all’arte dell’attore: lo stesso, se effettivamente onesto nei confronti della propria missione, tende a svelare e dunque a valorizzare certe insicurezze e fragilità considerate erroneamente dannose o brutte da vedere o da ascoltare: ad esempio, un attore con la voce stridula o con un difetto fisico o con una figura nel suo insieme “non bella”, può imparare a considerare la sua condizione non come un limite, ma come un pregio raro di “unicità e specialità”. I difetti e le imperfezioni sono elementi importantissimi da elaborare perché rendono l’attore che li possiede speciale e insostituibile. Il fascino di Amleto è nella sua anima e nel dubbio che la attanaglia, egli ha un’immagine esteriore scollata dal suo tormento interiore. La bellezza di Amleto è il suo tormento che condiziona e forgia il suo corpo e il suo tono di voce.

¹²⁰ E. LA ROSA, in *Soggetti e ordinamento giuridico. Segmenti del corso di diritto civile*, cit., Torino, 2000, p.15

Le posizioni soggettive che esigono rafforzata protezione si propongono, dunque, quali protagoniste indiscusse di una società che mira ad evolversi per il tramite di un potenziale annullamento della emarginazione sociale, parametro di concreto progresso nella misura in cui il bisogno individuale di sicurezza equivale a tensione verso la libertà. *“In tal modo, lo status si è sottomesso alla logica inclusiva del nuovo sistema e si è riscattato, ponendosi al servizio di valori collocati al vertice della scala gerarchica: persona e libertà”*¹²¹.

Lo status è frutto del bilanciamento tra la libertà del volere e l'esigenza di protezione sociale. Per G. Alpa¹²² lo status *“serve all'organizzazione politico-sociale”*, ma non si limita ad essere uno strumento di diritto pubblico, anzi va visto *“nell'intersezione tra diritto pubblico e privato”* e costituisce l'esito della constatazione in termini assiologici dell'impossibilità di lasciare la composizione degli interessi esclusivamente alla libera negoziazione degli uomini. Alpa riprende la visione di N. Bobbio¹²³, il quale osserva che vi sono *“diversi gradi di giuridicizzazione degli interessi”* e che i diritti vengono sempre più *“universalizzati e moltiplicati”*. È questo il quadro più veritiero della situazione attuale, in cui non vi è più

¹²¹ C. MAZZÙ, *Riflessioni sullo status ...*, cit., in via di pubblicazione.

¹²² G. ALPA, *Status e capacità*, pp. 24,30, così come richiamato da C. MAZZÙ in *La soggettività contrattata*, cit., p.79 nota 56.

¹²³ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990.

bisogno di costruire normativamente la realtà prenormativa rappresentata dal soggetto. Punto cardine rimane, dunque, l'idea in forza della quale *“il soggetto è l'elemento fondativo e il criterio di non contraddittorietà logica e della veridicità di un sistema”*¹²⁴.

2. Il modello soggettivo dicotomico professionista - consumatore: nuove frontiere per lo *status*

Di caratura europea è il celebre esempio relativo alla figura del “consumatore”, luogo teorico e normativo dove si sintetizza meglio l'idea in forza della quale gli ordinari strumenti di protezione del contraente, così come lo si era rappresentato nel Codice del '42, non possono che configurarsi come insufficienti¹²⁵. La presenza, infatti, di scambi commerciali connessi all'attività di grandi centri di potere e forza economica, in quanto tali capaci di ricorrere a tecniche sofisticate e trattative svolte in condizioni limitative della libertà di scelta tra diverse opzioni nel regolamento del rapporto¹²⁶, rende

¹²⁴ S. COTTA, voce *Soggetto di diritto*, in *Enc. Dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, p. 1214.

¹²⁵ A. ALBANESE, *La sicurezza generale dei prodotti e la responsabilità del produttore nel diritto italiano ed europeo* in *Europa e dir. priv.*, *Riv. Trim.*, a cura di J. Bonell, C. Castronovo, A. Di Majo, S. Mazzamuto, 4 / 2005, pp. 976 e sgg.

¹²⁶ LUMINOSO, *Le garanzie della vendita di consumo*, a cura di Bin e Luminoso, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da Galgano, Padova, 2003.

inevitabile l'affermarsi dello statuto del consumatore (decreto legislativo n. 206 del 6 settembre 2005) che riordina la legislazione di settore in materia di consumi, della quale il nostro sistema si è via via arricchito per lo più recependo le varie direttive comunitarie che si sono susseguite¹²⁷.

Si era partiti dalla direttiva sul *contratto fuori sede* (la n° 575/85) il cui art. 3 definiva il consumatore come “ *la persona fisica, che per le transazioni disciplinate dalla direttiva, agisce per un uso che può considerarsi estraneo alla propria attività professionale*”, e il cui art. 2, di contro, definiva come commerciante “ *la persona fisica che nel concludere la transazione in questione, agisce nell’ambito della propria attività commerciale o professionale, o la persona che agisce in nome e per conto di un commerciante* ”. Oggi la questione è andata ben oltre. Del resto dal 1985 al 2008 sono intervenute molteplici direttiva, tra cui la 29/2005 sulle *pratiche commerciali sleali* (attuata nel nostro ordinamento nel 2007) in forza della quale vi

¹²⁷ Volgendo lo sguardo all’origine del fenomeno, più che alle nuove conquiste, già ALPA in *La direttiva n. 1999/44/Ce e la tutela del consumatore*, in *L’acquisto di beni di consumo* (Autori vari), Milano, 2002, 9, sottolinea che “ *dalla fine del 1998 alla primavera del 2002, il diritto dei consumatori ha registrato così grandi novità in ambito comunitario e nell’esperienza del nostro Paese da richiedere un vero e proprio ripensamento dell’intera materia. Non si è trattato solo di una progressiva conquista di nuove aree, né solo della proliferazione delle decisioni, segnali inequivoci del consolidamento di una disciplina che crea forme giuridiche per adeguare la regolamentazione ad una realtà in emersione ma con una fisionomia dai tratti ancora incerti. Si è verificato un autentico cambiamento nel modo di concepire la figura del consumatore, il suo ruolo nel mercato, insieme con la stessa concezione di mercato*”. Cfr. anche Id., *Il diritto dei consumatori*, Bari, 2002.

è stato un ulteriore dimensionamento della figura del consumatore, per cui oggi è da considerarsi tale solo *“la persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale o artigianale o professionale che sia, eventualmente svolta”*, conseguendone dunque un correlato ampliamento della figura del professionista.

La nozione di consumatore attualmente guadagnata deve infatti tenere conto dei molteplici interventi in materia resi dalla Corte di Giustizia che ha più volte dovuto combattere per evitare una volatilizzazione delle istanze del consumatore, occupandosi di sottrarla a tentativi, indiscriminati, di utilizzo della stessa a garanzia di categorie ulteriori, cui al limite riconoscere specifico tipo di tutela (si pensi, per i piccoli imprenditori, alla disciplina sui ritardi di pagamento).

La Corte di Giustizia Europea, anzitutto, ha strenuamente mantenuto ferma la disciplina a tutela dell’elemento soggettivo della **“persona fisica”**: ha escluso le persone giuridiche e qualsivoglia soggetto collettivo, sia pure associazione non riconosciuta quale il caso della ONLUS, nonostante la posizione di potenziale debolezza della stessa. La giustificazione stava nella necessità di evitare che si aprissero le maglie verso le molteplici categorie di soggetti collettivi, obiettivo deprecabile perché avrebbe creato, per l’incontrollabilità del

fenomeno, inevitabili disparità di trattamento tra uno Stato membro ed un altro. La stessa Corte, ancora, ha confermato l'importanza dell'imprescindibile inquadramento dell'elemento oggettivo dell'atto: il contratto, infatti, oltre ad essere caratterizzato dalla sua propria causa, deve esser connotato dall'inampliabile **“scopo di consumo”**. Anche qui le precisazioni erano funzionali in primo luogo ad escludere, dalla disciplina di favore, piccoli imprenditori, piccoli artigiani - nonostante la loro inevitabile debolezza nei rapporti con imprese di più ampia dimensione -, ed in secondo luogo per escludere l'ipotesi dell'acquisto di beni in vista dell'esercizio di una futura attività - considerato che non basta porre in essere un atto in un momento estraneo alla propria attività professionale, ma bisogna sempre verificare a quale scopo l'atto è destinato. La Corte, tra le migliaia di questioni, affrontò anche quella dell'uso promiscuo del bene - laddove un soggetto acquista un bene per destinarlo in parte ad un uso di consumo, in parte ad uso professionale - giustificando l'utilizzo della disciplina di garanzia del consumatore *“ma solo nell'ipotesi in cui si accerti che l'uso professionale sia un uso meramente marginale, irrilevante”*, lasciando però aperta e discussa la questione circa la definizione di irrilevanza, dunque nelle mani della discrezionalità dei giudici dei singoli Stati membri.

La disciplina è vastissima e meriterebbe un approfondimento autonomo: questi sono solo dei brevissimi accenni, esempio di possibilità di inquadramento di una figura, quale quella consumatore presa da me in prestito dal panorama delle più scottanti questioni in sede europeistica, a fine esemplificativo della necessità, come per tante altre categorie, di una disciplina specifica di tutela, nel contemperamento di interessi quali tecnologia e umanità. Quasi naturalisticamente, *“si è profilata all’orizzonte del sistema la figura del <consumatore>. Questi non è il generico contraente descritto nel codice civile e che sopravvive alla bufera dei rapporti, aggrappandosi ai relitti delle regole classiche della patologia del contratto (invalidità, rescissione, risoluzione); non è neppure il protagonista di operazioni <macrocontrattuali>, ma è quello specifico soggetto che accede al mercato della <microeconomia familiare>, per acquisire beni e servizi necessari per vivere secondo il proprio livello reddituale, ma senza abdicare alla propria libertà contrattuale e senza sottoporsi alla tirannia del contraente forte, individuato nel <professionista>”*.¹²⁸

Molti negano che si possa parlare propriamente di *status* in relazione al consumatore, perché lo *status* di consumatore è

¹²⁸ C. MAZZÙ, *Riflessioni sullo status ...*, cit., p. 13.

temporaneo, non è permanente, rileva solo in funzione dell'atto che viene posto in essere, dunque sembrerebbe essere destinato a cessare, a venire meno nel momento stesso in cui l'atto si è concluso, ha prodotto i suoi effetti, e si è esaurito: un soggetto potrebbe rivestire lo *status* di consumatore rispetto ad un certo atto e non rispetto ad un altro contratto, perché magari posto in essere nell'esercizio di una propria attività professionale. Forse sarebbe bene configurarlo come mera "qualità" o, forse, come "ruolo", maschera di cui ci si può disfare o, ancora, come "status ad intermittenza". Prescindendo da tali giochi linguistici, certo è che: *"la tecnica di protezione giuridico - sociale ha utilizzato il modello soggettivo dicotomico professionista - consumatore, ipostatizzando tali figure nel rispettivo ruolo economico - sociale, assolto nel contesto spazio-temporale del singolo rapporto: sembra di avvertire l'eco dello concetto di status, qui reso aleatorio e complesso per il fatto che la mobilità dei ruoli sociali obbliga e/o consente a ciascuno di essere di volta in volta - secondo le circostanze e i bisogni da soddisfare - consumatore o professionista"*¹²⁹.

Il sistema si rende intelligente, operando un raccordo di interessi giuridico - sociali, dunque predisponendo uno *"schema operativo astratto"*, utilizzabile laddove le circostanze soggettive - oggettive lo

¹²⁹ C. MAZZÙ, *Riflessioni sullo status ...*, cit., p.15
97 97

rendano opportuno e necessario. Per assurdo, mantenendoci fermi e saldi allo *status*, la categoria, facente capo al medesimo soggetto, consumatore-professionista, può meglio esprimere le nuove potenzialità applicative della funzione dello *status*. Oggi, riesumato, lo *status* può negare di connettersi a posizioni sociali fisse, ben piuttosto conciliandosi alle nuove dinamiche di, altrettanto nuovi, ruoli sociali.

Del resto, l'inseparabilità dell'economico dall'umano deve indurre la configurazione di nuovi rapporti tra economia ed etica¹³⁰, tra economia e diritto¹³¹, tra economia e politica¹³². La società tecnologica deve sempre restare società solidale, attenta ai contenuti, ai valori e alla cultura della dignità umana. In questo contesto non dobbiamo mai dimenticare che le maggiori scelte spettano alla politica, che torna ad essere attività nobile, per gli ideali e contenuti che realizza: ad essa spetta produrre regole giuste e far sì che legalità e giustizia tendano a confondersi, condizionate sì dalla storia e dalle contingenze, ma ispirate dalla convinzione della sacralità del valore

¹³⁰ Ai quali si richiama il Santo Padre Giovanni Paolo II, nel discorso ai partecipanti alla plenaria della Pontificia Accademica delle Scienze sociali (Città del Vaticano, venerdì 27 aprile 2001). L'aspetto è particolarmente avvertito nei Documenti Vaticani del Pontificio Consiglio delle Comunicazioni Sociali sull'*Etica nelle comunicazioni Sociali*, (Giornata Mondiale delle comunicazioni sociali, Giubileo dei Giornalisti), Città del Vaticano, 2000, p. 24, là dove si ribadiscono "*principi di etica sociale, come la solidarietà, la sussidiarietà, la giustizia, l'equità*"

¹³¹ P. PERLINGERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 84 e Id., *Economia e diritto*, in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, pp. 271 e ss.

¹³² P. PERLINGERI, *Il primato della politica*, in Id., *Il diritto dei contratti ...*, cit., p. 283 ss.

della persona umana. Così, prima ancora della logica dello scambio, “*esiste qualcosa che è dovuto all’uomo perché è uomo*”¹³³: il sistema economico ed il processo di produzione, infatti, traggono vantaggio quando i valori personali sono pienamente rispettati e non sono quindi affatto contrapposti in modo manicheo, così come un certo capitalismo becero e miope vuol lasciar intendere. Lo sviluppo non si riduce alla semplice crescita economica, ma deve sempre accompagnarsi alla promozione dell’uomo.

3. Risarcimento e *status*

Lungo il percorso della marcia svolta dalla rimodernata categoria dello *status*, ritengo importante un piccolo accenno alla conquistata relazione che oggi è possibile ravvisare tra danno, anch’esso portatore audace di nuove conquiste, e *status*.

Crocevia di ogni dibattito e punto di intersezione di tutte le grandi tematiche intorno alla responsabilità civile è un sintagma, il *danno ingiusto*. Non appena ci si interroghi sul significato di tale

¹³³ PAPA GIOVANNI PAOLO II, *Sollicitudo rei socialis*, *Lettera enciclica nel XX anniversario della popolorum progressio* (dato a Roma, presso S. Pietro, il 30 dicembre dell’anno 1987, decimo di pontificato), Milano, 1998.

formula, subito ci si accorge che è come procedere da *obscurum per obscurius*, e la polemica è pronta ad accendersi.

Lo studioso di diritto civile gode forse di un privilegio, che è quello di poter ancorare il discorso a una precisa disposizione, l'art. 2043 c.c. che, con previsione innovativa¹³⁴, che ricollega l'obbligazione risarcitoria ai soli fatti illeciti causativi di *danno ingiusto*.

Al paragrafo 797 la Relazione al Codice sembrò assimilare l'ingiustizia all'*iniuria* per identificare questa con (così testualmente) "*la lesione della sfera giuridica altrui*". Nel lungo tempo trascorso dall'entrata in vigore del codice, la elaborazione giurisprudenziale, da parte sua, ha condensato il senso della formula in un doppio stilema: ingiusto sarebbe il danno provocato *sine iure* (ossia, senza giustificazione nell'ordinamento) e *contra ius* (ossia, lesivo di posizioni protette dall'ordinamento). E la dottrina¹³⁵, a sua volta, semplificando, ha fornita un'idea che - secondo un attento e acuto studioso della responsabilità civile¹³⁶ - dovrebbe ritenersi universal-

¹³⁴ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 108; G. VISINTINI, *La responsabilità civile nei grandi orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p.832; C. CASTRONOVO, *Dagli ordinamenti nazionali al diritto uniforme europeo: la prospettiva italiana*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, p. 449.

¹³⁵ V. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile* in *Rivista di diritto civile*, Anno L, n° 1, Gennaio- Febbraio, 2004, Padova.

¹³⁶ C. CASTRONOVO, *Danno, danno ingiusto, danno meramente patrimoniale*, p. 89, 123, ora in Id., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997. *Danno biologico. Itinerario di un diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, p. 23; Id., *Dagli ordinamenti nazionali al diritto uniforme europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, p. 452. Ma, v., altresì, anche se con diversa impostazione e differenti valutazioni: D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, II, Torino, 1965, p. 843; F. D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1963, p. 73, 80, 87; S.

mente accolta, e cioè che “*l’ingiustizia rimandi a una situazione soggettiva della quale si tratti di accertare la lesione*”. È risaputo che tale situazione soggettiva, per un lungo tratto della storia della responsabilità civile, è stata identificata con i diritti assoluti, cioè i diritti reali e i diritti della personalità¹³⁷. E’ quella che è stata definita teoria *standard* della ingiustizia del danno¹³⁸. Però, a partire dai primissimi anni ’70, venne anche la stagione dei diritti di credito¹³⁹ e, negli anni immediatamente successivi, fu la volta di molti altri “nuovi” diritti, di incerta e dubbia qualificazione che, con evidente circolo ed inversione di metodo, si riteneva di potere implicitamente desumere dalla particolare natura del bene protetto, inaugurando la stagione di quelli che A. Di Majo chiamerà “*i diritti non nominati*”¹⁴⁰, (emblematica l’ipotesi del cd. diritto all’integrità patrimoniale o di

RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, pp. 112, 139, 199 ss., spec. 203; U. SALVESTRONI, *Azione illecita e danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1993, p. 266.

¹³⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5. La responsabilità*, Milano, 1994, p. 584.

¹³⁸ P.G. MONATERI, *Il diritto all’integrità patrimoniale.*, in M. Bessone, *Casi e questioni di diritto privato, editio minor*, Milano, 2002, p. 506.

¹³⁹ Il *leading case* - noto anche come caso Meroni - è rappresentato da Cass., sez. un., 26 gennaio 1971, n.174, in *Foro it.*, 1971, I, c. 342 ss., c. 1284ss., con note di C. A. JEMOLO (*Allargamento di responsabilità per colpa aquiliana*) e di F. D. BUSNELLI *Un clamoroso “revirement” della Cassazione: dalla “questione di Superga” al “caso Meroni”*); e in *Giur. it.*, 1971, 1, c. 679 ss., con nota di G. VISINTINI (“*In margine al caso Meroni*”). L’intero processo evolutivo è ripercorso da G. ALPA, *Trattato di diritto civile, IV. La responsabilità civile*, Milano, 1999, pp. 190 ss. Ma v., altresì, F. D. BUSNELLI, *La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio*, in *Riv. Crit. dir. priv.*, 1987, p. 273 ss., al quale si deve la più compiuta e anticipatrice elaborazione del tema in *La lesione del credito da parte di terzi, cit.*, Milano, 1963.

¹⁴⁰ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2008. In senso critico, cfr., altresì, D. MESSINETTI, voce “*Danno Giuridico*”, in *Enc. dir., Aggiornamento*, I, Milano, 1997, p. 482; e dello stesso, già, *Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni*, in *Riv. crit.dir. priv.*, 1992, p. 173 ss.

libertà negoziale¹⁴¹).

Ma, con la rottura di antichi argini, anche situazioni soggettive diverse dai diritti, e però ugualmente protette dall'ordinamento, sarebbero ben presto approdate alla tutela aquiliana: l'aspettativa di diritto¹⁴², gli interessi legittimi - per troppo tempo dalla giurisprudenza arbitrariamente tenuti in una sorta di confine coatto¹⁴³ - e ultimi - non certo per importanza, considerato il prepotente e necessario riemergere degli stessi - gli *status*. In tale ultima direzione si pensi, nello specifico, per es., allo *status* di coniuge per danno diretto da perdita di prestazioni sessuali dell'altro¹⁴⁴, o ancora allo *status* di

¹⁴¹ Cass., 4 maggio 1982, n. 2765, in *Foro.it*, 1982, I, c. 2864 ss., con nota di A. DE CUPIS (*Il diritto di libertà negoziale*), nonché in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1745 ss., con nota di A. DI MAJO (*Ingiustizia del danno e diritti non nominati*); seguito da Cass., 25 luglio 1986, n° 4755, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, p. 386 ss., con nota di M. LIBERTINI; Cass., 19 dicembre 1985, n° 6506, in *Foro it.*, 1986, I, c. 383 ss., con nota di A. M. PRINCIGALLI; in *Giur.it.*, 1986, I, 1, c. 1181 ss., con nota di A. DE CUPIS (*Il risarcimento della perdita di una chance*); Cass. sez. un., 22 luglio 1993, n. 8181, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1853 ss., con nota di E. SCODITTI (*Un'apertura giurisprudenziale su violazione di interessi legittimi e responsabilità civile*); Cass., 27 ottobre 1994, n° 8836, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, p. 525 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO (*Responsabilità dell'organo di vigilanza bancaria e danno meramente patrimoniale*)

¹⁴² Cass., 25 giugno 1981, n° 4137, cit.: Cass. sez. un., 6 dicembre 1982, n° 6651, cit., per alcuni precedenti: F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, cit., p. 1 ss.; e, in generale sulle diverse ipotesi di aspettative giuridicamente tutelate in via aquiliana: M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, cit., p. 236 ss.); sulla controversa figura, in particolare, delle cd. aspettative edificatorie: P. C. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, 1998, p. 549 ss.

¹⁴³ note di S. AGRIFOGLIO, *Le sezioni unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione*, in *Europa e diritto priv.*, 1999, p. 1221 ss., p. 1241 ss. e C. CASTRONOVO *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, p.1262 ss. Per la giurisprudenza amministrativa: Cons. Stato, ad. pl., ord. 30 marzo 2000, n° 1, in *Guida al diritto*, 2000, n° 15, p. 92 ss. Per un quadro di sintesi della elaborazione dottrinale e giurisprudenziale che precede la svolta: M. CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Enti pubblici e relazioni di mercato*, Milano, 1996.

¹⁴⁴ Lesione dello *status* di coniuge, per es., per danno diretto da perdita delle prestazioni sessuali dell'altro: Cass., 11 novembre 1986, n° 6607, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 2044 ss., con nota di S. PATTI (*La lesione del diritto all'attività sessuale e gli attuali confini del danno risarcibile*); e in *Foro it.*, 1987, I, c. 833 ss., con nota di A. M. PRINCIGALLI; Cass., 17 settembre 1996, n°

familiare in ipotesi di uccisione del congiunto¹⁴⁵.

4. Status di coniuge e danno esistenziale: lesione del diritto alla “serenità familiare”

Per quanto concerne riguarda la tematica relativa ai danni della vita familiare provocati dalla condotta lesiva di un terzo estraneo alla famiglia, la giurisprudenza, nel tentativo di superare i tradizionali orientamenti di chiusura, aveva elaborato la figura - chiaramente collegata al correlato peculiare status di familiare - del cd. diritto alla “serenità familiare”¹⁴⁶.

Tale nuovo diritto è sicuramente rinviabile alla impostazione, prima citata, di A. Di Majo circa l’era dei nuovi diritti, e la sua configurazione è dettata dalle esigenze di tutela dei valori personali garantiti dalla Costituzione ed, in particolare, dall’art. 29 Cost. che

8305, in *Danno e resp.* 1997, p.251, e in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 1372 ss.; Cass., 24 febbraio 2000, n° 2091, in *Danno e resp.* 2000, p. 877 ss.,

¹⁴⁵ Cass., 25 giugno 1981, n° 4137, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 2213 ss., con nota di G. ALPA (*Danno alla persona, aspettative legittime, criteri del risarcimento*); in *Foro it.*, 1981, I, 1, c. 2951 ss., con nota di A. Jannarelli (*Sulla quantificazione giudiziale del danno per la morte del congiunto*); Cass., sez. un., 1 luglio 2002, n° 9556, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3060 ss., con nota di A. PALMIERI (*Risarcimento del danno morale per la compromissione di un intenso legame affettivo con la vittima di lesioni personali*)

¹⁴⁶ Cfr., in particolare, Trib. Milano, 18 febbraio 1988 (in *Resp. civ.*, 1988, p. 454 ss., con nota critica di G. SCALFI, *Diritto alla serenità familiare?*) e 16 maggio 1988, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 152 ss., con nota di G. VISINTINI, cit.; e ora Cass., 23 febbraio 2000, n° 2037, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1655 ss. Sul tema cfr. altresì, P. G. MONATERI, *Danno biologico da uccisione o lesione della serenità familiare?* (l’art. 2059 visto come un brontosauo?), in *Resp. civ. e prev.*, 1989, p. 1176 ss.

ricosce e garantisce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio.

Tali diritti devono trovare tutela non solo nei rapporti interni alla famiglia, ma anche nei confronti dei terzi che devono rispettare la famiglia, evitando di ledere i diritti inviolabili dei suoi appartenenti: ne consegue che qualunque fatto proveniente da terzi, lesivo ed alterante la comunione materiale e spirituale, è da considerarsi lesivo dei diritti inviolabili dei coniugi e quindi della famiglia nel suo complesso, al cui interno deve, invece, regnare la serenità. Su queste basi si è ritenuto che gli stretti congiunti della vittima diretta dell'illecito, proprio perché portatori di uno specifico *status*, abbiano un titolo proprio da far valere in giudizio per ottenere il risarcimento del danno costituito, appunto, dalla violazione del diritto alla serenità familiare. Tale diritto, svincolato dalla figura del danno morale, se prima lo si faceva rientrare nella figura del danno biologico, oggi risulta a pieno titolo nella autonoma categoria del danno esistenziale. Quando si verifica la perdita di una persona cara, infatti, si deve affrontare un forte cambiamento nella realtà quotidiana che subisce un profondo sconvolgimento: la persona non solo viene colpita da dolore

e sofferenza (danno morale)¹⁴⁷ e/o da depressione o altre gravi patologie (danno biologico), ma si trova anche ad affrontare una serie di cambiamenti e difficoltà che si riflettono spesso in modo rilevante sulla vita condotta dal superstite nell'ambito dei rapporti con i familiari, nel modo in cui egli si relaziona col mondo esterno e, in generale, nell'ambito delle attività individuali, realizzatrici della personalità dell'individuo (danno esistenziale). In tal senso, la figura del danno esistenziale garantisce il risarcimento per la compromissione provocata dal decesso nella sfera personale del congiunto, anche a prescindere da qualsiasi patologia medica.

Allontanandoci, poi, dall'ipotesi estrema del pregiudizio derivante dalla morte di un congiunto, propongo l'ulteriore caso, certo egualmente di assoluta gravità, del risarcimento per pregiudizio originato da una grave lesione della salute sempre subita dal congiunto. Il tutto è giustificabile in forza dell'inevitabile peggioramento della qualità della vita del coniuge che, considerato quanto espressamente previsto all'art 143 c.c. che enuncia l'obbligo di assistenza morale e materiale, certo non può sottrarsi dalla necessità di prestare assistenza alla vittima, così alterando inevitabilmente la

¹⁴⁷ Sulla specifica ipotesi della risarcibilità al coniuge separato del danno morale in caso di morte dell'altro: Cass., 20 dicembre 2001, n° 16073; 17 luglio 2002, n° 10393, in *Corr. giur.*, 2003, pp. 179 ss., con nota di M. ROSSETTI (*Separazione dei coniugi e risarcimento del danno morale al coniuge superstite: occorre la prova dell'affectio coniugalis*).

propria quotidianità familiare. A seguito della lesione invalidante del congiunto, infatti, soprattutto nelle ipotesi più gravi, come nel caso di coma profondo o handicap totali, sorgono nuove e diverse incombenze: si deve rinunciare alla normalità, alle abitudini e alle pratiche di ogni giorno e del tempo libero. A questo genere di pregiudizi ci si è spesso riferiti erroneamente con l'espressione "*danni riflessi*", ma è stato contrariamente precisato che i pregiudizi risentiti dai parenti - proprio perché facenti capo ad una determinata posizione, ad un determinato status che li rende inevitabile polo di attrazione di tutta una serie di diritti ed obblighi - in situazioni come quelle in esame, "*non costituiscono affatto qualcosa di riflesso: sono piuttosto un danno diretto ed immediato, casualmente riferibile, su un piano giuridico, allo stesso illecito di cui è stata vittima una persona diversa*¹⁴⁸".

¹⁴⁸ P. CENDON, in Premessa al testo di G. CASSANO *La prima giurisprudenza nel danno esistenziale*, Piacenza, 2002, p. 21

5. *Status* di coniuge e sue discusse potenziali conseguenze positive (titolo di acquisto automatico della proprietà) e negative (titolo per la confisca dei beni)

Ancora riflettendo intorno al tema dello *status*, e nello specifico dello *status* di coniuge, vien sempre meglio confermandosi l'idea in forza della quale l'ordinamento, oltre a porre le basi normative di *status* nuovi, rende spesso possibile una riscoperta di conseguenze della loro esistenza nel sistema, sebbene per la maggiore parte dei casi ciò accada inconsapevolmente, senza cioè averne tratte le conclusioni implicite.

Nessuno mai avrebbe immaginato che l'introduzione del regime patrimoniale della comunione legale determinasse, quale conseguenza, il configurarsi dello *status* coniugale quale titolo di acquisto automatico della comproprietà. Ciò apre una vicenda ancora ben lontana dal concludersi: i dubbi ancora non risolti sussistono circa la sua capacità espansiva riguardo i vari modi di acquisto della proprietà o a fronte di contratti definitivi o di meri contratti preliminari, ancorché trascritti.

Le variazioni rese dalla giurisprudenza sul tema sono state molteplici e anche recenti: d'altronde la famiglia e il rapporto coniugale sono categorie, più di altre, strettamente correlate alle

dinamiche sociali, e dunque per loro natura intrinseca, fortemente soggette a cambiamento, instabilità, trasformazione.

Ciò che influenza la grande società, la grande organizzazione, finisce in via diretta ed immediata per influenzare il microsistema familiare: il cammino è continuo, la partita non è mai chiusa, i fenomeni di assestamento saranno sempre continui in un ordinamento che mira, per lo meno idealisticamente, a stare al passo con le più innovative istanze personali, dunque collettive.

In tale contesto lo *status* di coniuge non può sfuggire a questa vicenda, conseguentemente risente in via immediata degli effetti che la legislazione positiva produce, assegnando rilievo e determinando conseguenze a circostanze nuove, di segno diverso, a vario titolo emergenti e meritevoli di attenzione.

Ecco che, allora, la finalità positiva dello *status* coniugale sembra proprio stabilizzarsi e configurarsi nella sua capacità di protezione del coniuge, funzionale alla migliore estrinsecazione del principio della solidarietà familiare, tanto da arrivare a determinare l'acquisto del coniuge assente alla stipula, estraneo alla scelta circa l'acquisto o all'approvvigionamento delle risorse necessarie.

È proprio la logica comunitaria del nuovo diritto di famiglia, in risposta ai molteplici tentativi resi da dottrina e giurisprudenza per più

di un trentennio, che meglio definisce e sviluppa la forza aggregante dell'effetto acquisitivo, una volta abbandonata la logica individualista del contratto a vantaggio dello *status*, dunque della sua riscoperta forza espansiva.

La differenza di risultato, resa dalla logica comunitaria, deriva dall'opzione preliminare a favore della valorizzazione dello *status*, decisamente alternativa rispetto a una concezione regressiva dello stesso, cioè quella individualistica e filoproprietaria, in cui il coniuge è considerato come elemento autonomo di un fenomeno acquisitivo connesso a comportamenti propri (possesso o attività materiale sulla cosa), dal quale l'altro resta escluso e non ne risente gli effetti.¹⁴⁹

Se questa, appena pronunciata, è un'auspicabile conseguenza positiva dell'uso dello *status* di coniuge, certamente non mancano polemiche intorno all'altrettanto potenziale uso dello *status* medesimo, cioè impropriamente in senso repressivo, nella legislazione di emergenza. Il riferimento, nello specifico, è alla confisca dei beni estesa anche a quelli intestati e posseduti dal coniuge del prevenuto.

Una terrorizzante e, chiaramente deprecabile, lettura della normativa speciale in tema di misure di prevenzione potrebbe infatti indurre a ritenere lo *status* di coniuge del prevenuto quale elemento

¹⁴⁹ Cfr. C. MAZZÙ, *Riflessioni sullo status ...*, cit., pp. 25-28.

costitutivo di una presunzione d'illegittimità degli acquisti, addirittura anche se in regime di separazione.

In tale dimensione, due sono gli effetti che svelano tale possibile ma inquietante, perché dalle pesanti conseguenze, lettura. Primo di questi, particolarmente rilevante, è l'effetto processuale dell'inversione dell'onere della prova, che grava sul coniuge, obbligato a dimostrare la legittimità della provenienza dei beni e dei proventi investiti.

Ma il secondo effetto, il più grave, è quello sostanziale, e cioè la perdita della proprietà, anche se il coniuge del prevenuto non è stato personalmente condannato per delitti connessi a fatti di criminalità organizzata, né a suo carico sono state mosse accuse definite¹⁵⁰.

Da qui il sorgere spontaneo di una serie di interrogativi. *“Lo status di coniuge ha tanta forza espansiva in negativo, da travolgere il principio della personalità della responsabilità penale?”*

L'istituto dell'usucapione - rispetto alla specifica sentenza oggetto di esame, dalla quale è possibile evincere tal tipo di conseguenze - non opera a favore del coniuge di un soggetto prevenuto,

¹⁵⁰ La questione specifica in realtà è ancora aperta e sarà interessante vedere come la Corte di Cassazione si orienterà, visto che non ci sono precedenti.

Infatti, nel caso di specie, sono stati confiscati anche beni acquistati dalla sola moglie per atto pubblico e sempre pacificamente posseduti fin dal 1963 e dal 1965, rispetto ai quali era già abbondantemente maturata l'usucapione alla data di avvio del procedimento per la misura di prevenzione del sequestro, propedeutico alla confisca.

poiché prevale l'uso in chiave repressiva dello status di coniuge?

L'istituto dell'usucapione è stato parzialmente abrogato, ratione subiecti, fino al punto di delegittimare, anche con effetto retroattivo, l'acquisto maturato prima dell'avvio del procedimento e dell'accadimento dei fatti penalmente rilevanti?

La vicenda dello status si arricchisce di sviluppi e la sua connessione con le articolazioni della capacità svela una trama di rapporti con le vicende sociali rispetto alle quali si comprende come la politica del diritto assolve un ruolo fondamentale nel dare contenuto e funzione pratica agli istituti giuridici.

Nel caso dello status, la sua stretta inerenza con l'essenza stessa della persona e della sua libertà impegna a vigilare, perché la partita sociale attorno alla <libertà dei contemporanei> è sempre aperta e dagli esiti incerti”¹⁵¹.

6. Status di collaborante: soggettività strumentale

Riconnettendoci al peculiare trascorso storico dello status, è ormai chiaro a tutti che, se prima rilevava solo perché connotava

¹⁵¹ C. MAZZÙ *Riflessioni sullo status., cit.*, pp. 28-30.

l'“*anormalità*” di una classe di soggetti, oggi è definitivamente da considerarsi quale importantissimo, ricorrente, strumento di tutela e garanzia.

Lo *status* infatti, come più volte rilevato, tende a consentire meglio l'intersecarsi di necessità di carattere pubblico - servendo l'organizzazione politico sociale - e privato - stabilizzando le effettive libertà, cioè tutte le manifestazioni della vita del soggetto senza alcun limite ingiustificato e discriminatorio - proponendosi anello di congiunzione tra micro e macro istanze (distinzione questa di carattere meramente quantitativa e non qualitativa).

Da qui l'attenzione all'emergere, tra i tanti vecchi e nuovi *status*, della particolare figura soggettiva, compendiabile nell'obiettivo di più che totale “*protezione*”, del collaboratore di giustizia¹⁵² e in casi peculiari del testimone¹⁵³ e dei loro corrispettivi congiunti e

¹⁵² Contingenze politico sociali di enorme gravità hanno agevolato l'introduzione di norme, per incentivare prima la dissociazione e poi il pentimento di soggetti implicati in attività terroristiche, in sequestri a scopo estorsivo ovvero in reati di tipo associativo- mafioso. Volendo, più specificamente, porre attenzione a tali ultimi, il riferimento è a D. L. 15 gennaio 1991, n° 82 (ora modificata con Legge n° 45 del 13 febbraio 2001); D. L. 8 giugno 1992, n° 306 conv. con mod. dalla Legge 7 agosto 1992, n° 356, D. LGS. 29 marzo 1993, n° 119 e D.M. 23 aprile 2004 n° 161.

¹⁵³ Con la L. 13 febbraio del 2001 n° 45, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n° 58 del 10 marzo 2001 - Suppl. Ordin. n° 50, si pone riparo, come auspicato da più parti, alla preesistente equiparazione delle figure e delle discipline relative ai pentiti e ai testimoni di giustizia pur essendo lampante la distinzione di status tra queste due figure. I testimoni di giustizia sono infatti persone perfettamente integrate nel contesto civile socio economico, sono divenute tali per aver assistito a gravi eventi criminosi e per aver reso deposizioni, spesso decisive, che hanno consentito l'individuazione dei colpevoli e la loro condanna penale. I pentiti hanno invece alle spalle una vita dedicata al crimine e al disprezzo della legge, commettendo i più efferati delitti e non hanno nulla da perdere nel rilasciare testimonianze che peraltro non sempre risultano attendibili in toto. Con la L. 45/2001, il sistema premiale della disciplina previgente viene rimodulato operandosi una distinzione netta tra le due figure protagoniste della collaborazione di giustizia, introducendo per i pentiti l'espressa previsione di un trattamento sanzionatorio. All'art 5 della novella del 2001

conviventi.

Tale misura di sicurezza, che si sostanzia nel “*programma di protezione*”, si spinge fino al limite estremo della modifica delle generalità e della creazione di una nuova identità. Alla base di tale complesso prospetto v’è il definirsi di un vero e proprio “contratto”, la cui attuazione si realizza mediante la definizione di una “*soggettività strumentale*”, definibile come tale perché fuoriesce dagli argini dello schema relazionale con la persona¹⁵⁴.

È proprio per il tramite del rimando a tale “*soggettività strumentale*” che risulta plausibile “*consentire la coesistenza del soggetto giuridico reale, corrispondente alla figura fisica del collaborante (ed*

vengono ulteriormente precisati tanto gli impegni che il soggetto interessato alla protezione deve assumere quanto i fatti che comportano una revoca delle speciali misure di protezione. Il capo secondo della Legge è invece interamente dedicato alle norme di protezione dei testimoni di giustizia, per i quali sono annoverati specifici diritti come quelli alla tutela a varie forme di assistenza, al mantenimento del posto di lavoro se dipendenti pubblici, a mutui agevolati volti al completo reinserimento proprio e dei propri familiari nella vita economico sociale.

¹⁵⁴ Sintesi della tesi e ricostruzione della figura della “*soggettività strumentale*” in questione è riscontrabile in M. BASILE – A. FALZEA, voce *Persona Giuridica (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983. La giurisprudenza non ha mancato di cogliere l’utilità pratica dell’individuazione della strumentalità della soggettività, indipendentemente dall’ipotesi di identità di “copertura”, facendone applicazione in campi diversi dell’ordinamento. Portando solo alcuni dei molteplici esempi: (Cass. civ., Sez. III, 27 maggio 2003, n° 8399 in *Giust. civ. Mass.*, 2003, f. 5): “*Poiché all’interno delle società di persone la soggettività giuridica riveste una funzione unicamente strumentale, volta a consentire alla pluralità di soci una unitarietà delle forme d’azione ...*”; (Trib. Roma, 4 marzo 1998, in *Il lavoro nella giur.*, 1998, p. 795): “*La natura strumentale del centro interregionale di coordinamento e documentazione per le informazioni territoriali, strumentalità estrinsecantesi nel fatto che esso esercita funzioni e servizi volti al perseguimento di alcuni degli specifici compiti propri degli enti pubblici territoriali che lo costituirono...*”; (Cons. St., Sez. V, 21 dicembre 1992, n° 1539, in *Cons. St.*, 1992, fasc. 12): “*La soggettività pubblica esprime un riferimento prevalentemente funzionale, e si pone come centro di riferimento di attribuzioni e poteri, rispetto ai quali l’idoneità a esser titolare di rapporti è di norma secondaria e strumentale ...*”; (T. A. R. Sicilia, Sez. Palermo, 27 settembre 1985, n° 1446 in *Foro amm.*, 1986, 1535): “*L’opera universitaria ha struttura istituzionale ed organizzativa autonoma rispetto all’università nella cui area funzionale agisce, con distinta soggettività, come supporto strumentale per i compiti di carattere sociale ed assistenziale devolutile dall’art. 189 T. U. sull’istruzione superiore del 31 agosto 1933 n° 1592 ...*”

eventualmente dei suoi congiunti), col soggetto giuridico fittizio, necessario a simulare per ragioni di sicurezza la vera identità del collaborante¹⁵⁵”.

V'è il coesistere di vecchio e nuovo, di tipico ed eccezionale. Si viene, cioè, a verificare la “*innovativa*” nascita, accanto al precedente soggetto, d'un *nuovo* soggetto in virtù, però, del “*tipico*” strumento contrattuale (il cd. *contratto di collaborazione*), a sua volta da verificarsi nelle sua *tipica* esecuzione e, altrettanto *tipica*, esposizione a revoca in caso di inadempimento. Ciò che intendo dimostrare è che per il tramite di uno strumento consueto, s'addiviene alla risoluzione di una eccezionale circostanza, dunque alla creazione di una singolare, sia pur ripetibile, figura nuova ed “*artificiale*”.

Risulta in tale direzione pienamente confermabile che la funzione protettiva, e dal punto di vista pubblico e dal punto di vista privato, risulta raggiungibile in forza della definizione e seguente attribuzione, nel caso concreto, dello specifico *status* di collaboratore, sintesi di diritti ed obblighi facenti capo a quel dato soggetto giuridico.

Questo meccanismo fa sì che si prospetti un'“*entità aggregante*”, sì nuova e diversa da quella precedente, ma che comun-

¹⁵⁵ C. MAZZÙ, *La soggettività contrattata*, cit., p.155-156.

que individua la medesima persona fisica, collocata nel nuovo contesto sociale nel quale viene posta, sia pur chiaramente resti nell'ambito del medesimo ordinamento giuridico statale, determinandosi, anche in tale accezione ulteriore, la coincidenza del vecchio e del nuovo.

Dietro l'obiettivo della costruzione e meglio definizione di tale "calamita attrattiva" di diritti e obblighi c'è, ovviamente, alla stregua di qualsivoglia altro *status* con altro tipo di necessità, il volere evitare la polverizzazione e la disintegrazione della posizione del collaborante in una miriade caotica di situazioni soggettive, in tal senso facili a disperdersi e difficilmente poi rinvenibili ai fini della concreta, e più immediata possibile, tutela della particolare posizione del soggetto in questione.

Si coordinano le esigenze facenti capo alla medesima figura, si cerca cioè il "*baricentro assiologico*" nella persona che sottende la tutela; si costruisce un "*modello di fonte contrattuale, complesso e stabile, non erratico, di soggettività*"; ci si esprime per il tramite di uno status, quasi fosse un pacchetto ad hoc confezionato, forse contingente e transitorio, ma auspicabilmente prodromico all'obiettivo di tutela della persona.

Tutto ciò accade nonostante i precedenti della persona in

questione: “*per quanto ripugnante possa essere la stessa idea della trattativa col criminale, un ordinamento che ripudia la pena di morte non può prescindere dalla protezione di chi ha collaborato per la restaurazione di momenti di legalità o che si è dissociato attivamente dal crimine*¹⁵⁶”.

L’elasticità teorica collaudata nel tempo dallo *status* e nel caso del collaboratore di giustizia in particolare, consente l’emancipazione dello stesso da pregiudizi, da paure ancestrali, dalla definizione di categorie etico-morali che possano giustificare la caccia e correlata persecuzione del “diverso”.

Sembra così contestualmente rendersi possibile - attraverso le informazioni utili acquisibili - l’agognato ripristino di un ordine sociale violato, di un interesse collettivo ferito, accompagnato dall’auspicabile integrazione del soggetto colpevole che - attraverso la garanzia di tutela nelle sue varie manifestazioni che vanno anche oltre il cambio delle generalità - può acquisire ruolo di utilità e conseguente rinnovata dignità, nella logica di una sempre possibile remissione.

Nella dinamica di un sistema che esiste per far coincidere l’interesse del singolo privato con l’interesse della collettività, ben rispondono teleologicamente gli istituti, se chiaramente sono volti alla

¹⁵⁶ C. MAZZÙ, *Riflessioni sullo status ...*, cit., p.22.

comprensione del piccolo (individuo), nel grande ordinamento nella completezza del suo insieme), e, viceversa, del grande nel piccolo. Non a caso Pugliatti¹⁵⁷ - nella specifica circostanza volta a superare ogni contraddizione circa la storia tormentata delle teorie sulle persone giuridiche, avente come posta la prevalenza della concezione naturalistica (e strutturale) ovvero di quella normativistica (e artificiale) del fenomeno giuridico - testualmente rispose e risolse specificando che: *“non sembra legittimo costruire le figure giuridiche unicamente sulla base della struttura, senza la terza dimensione teleologica o funzionale”*. Questo tipo di scelta consente di procedere alla ricerca dell’interesse qualificante e costituente il principio di individuazione e di sintesi del momento sostanziale e di quello formale: l’esigenza - primaria e indeclinabile - di protezione della persona e quella di garantire la partecipazione alla vita sociale. Il resto è “tecnica normativa¹⁵⁸”.

¹⁵⁷ S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv.it. scienze giur.*, 1950, p. 120

¹⁵⁸ C. MAZZÙ, *La soggettività contrattata*, cit., p. 157 laddove intende, così come fece a suo tempo Pugliatti, stemperare *“la contrapposizione radicale tra due visioni del fenomeno giuridico: l’una protesa ad evidenziare il tratto personalistico e naturale del fenomeno, ricostruito sub specie iuris attorno al baricentro assiologico, grazie al passaggio dalla visione strutturale a quella funzionale; l’altra fermamente legata alla visione normativa e artificiale della soggettività giuridica ... Il superamento della contraddizione è possibile solo a patto di superare i fines conclusivi delle concezioni strutturali, legandosi coerentemente alla prospettiva metodologica funzionale, imperniata sulla ricerca della terza dimensione teleologica o funzionale del fenomeno giuridico”*.

7. Obblighi dello Stato verso il collaborante: la promozione della sua potenziale rinnovata identità, tramite il percorso di risocializzazione

Attraverso la componente del patto collaborativo (*do ut facias*), passa un messaggio apparentemente diseducativo, considerato che potrebbe apparire contrario, in radice, ai principi dello Stato di diritto. In realtà, colui che ha realizzato uno scambio di utilità con lo Stato dovrebbe essere messo in grado di comprendere, sebbene questo quasi mai accada, che ciò è avvenuto nel quadro di regole certe e conoscibili, che rispecchiano gerarchie di valori note, condivise e controllabili da parte della collettività. Deve, in sostanza, essergli insegnato, con una pedagogia dei fatti e non delle parole, che egli, lasciando il suo clan, non si è posto sotto la autorità dispotica di un altro "capo", ma è entrato in un dato *status*, ovvero in un dato sistema di regole, generatrici di doveri, ma anche di diritti, di confini e limiti, ma anche di aspettative e pretese.

A chi proviene dall'universo malavitoso, dovrebbe essere offerto, per così dire, "un eccesso di legalità", un chiaro schema normativo di riferimento, perché solo così lo scambio realizzato con lo Stato non sarà più percepito come un patto tra complici, ma come

un effettivo contributo - sia pur generosamente ricompensato - al ristabilimento della legalità.

Non vi è dubbio, quindi, che la impostazione del rapporto tra collaboratore e Stato sia di natura essenzialmente contrattualistica. Da un lato, però, deve esser chiaro al collaboratore che i due contraenti non sono sullo stesso piano; dall'altro, deve inoltre esser precisato nei confronti di tutti che esiste *"un'etica degli affari"*, anche di questi affari, che è tale perché fa riferimento a valori cui entrambi i contraenti devono prestare necessaria e corrispettiva osservanza.

Essa non solo presiede al momento conclusivo dell'accordo, ma deve servire come criterio ermeneutico per la concreta applicazione dello stesso. Esiste insomma un preciso obbligo di lealtà che va bilateralmente osservato: volgendo lo sguardo allo Stato - dunque agli organi che ne formano e ne attuano la volontà - esso si sostanzia, innanzitutto, nella pre-regola della legalità, vale a dire la conoscibilità delle regole. Conseguo, o per lo meno dovrebbe conseguire, l'impegno degli organi della protezione ma, ed è questo cui tengo particolarmente, anche della risocializzazione, ad operare nel rispetto del principio di eguaglianza e nel rispetto degli altri

valori e criteri costituzionali.

In tale prospettiva di reintegrazione, gli organi cui è affidata la gestione del collaboratore dovrebbero essere diversamente attrezzati e dovrebbero subire una radicale evoluzione: non più solo agenzie di tutela del collaboratore, né soltanto, in aggiunta, "centrali" di difesa della società dal collaboratore, ma anche operatori del trattamento risocializzante nell'interesse del collaboratore e della compagine sociale, in un'ottica di prevenzione speciale che, al momento, sembra del tutto trascurata.

Ciò che miro a sottolineare è la definizione di una rinnovata identità, che è *quaestio* vicina, ma non equivalente, al mutamento del nome¹⁵⁹. Il *diritto al nome*, in origine affermatosi con spiccate caratteristiche di natura pubblicistica, perché diretto a soddisfare l'esigenza della collettività e dello Stato per distinguere i soggetti gli uni dagli altri, ha assunto, via via, nell'attuale sistema normativo, nello specifico si guardi agli artt. 6 e 7 c.c., la funzione preminente di tutelare l'esigenza individuale della identificazione personale¹⁶⁰. Tuttavia, il diritto al nome non include in sé, l'intera personalità

¹⁵⁹ A. SCALISI, *Il valore della persona nel sistema ...*, cit., nello specifico nella sezione dedicata a *L'identità personale e gli altri diritti della personalità*, pp. 150 e ss.

¹⁶⁰ Per un'analisi del diritto al nome v.: SPAGNESI, *Nome (storia)*, in *Enc.dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 290; NUZZO, *Nome (dir. vigente)*, ivi, 304; CAPIZZANO, *La tutela del diritto al nome*, in *Riv.dir.comm.*, 1962, I, 249. Agli stessi scritti si rinvia per un'ulteriore bibliografia.

“morale, intellettuale e sociale” di chi lo porta¹⁶¹, da farsi risalire piuttosto alla più complessa categoria del diritto all’identità (contenutisticamente oggetto di molteplici dispute e tentativi di inquadramento e non è certo questa l’analisi per un approfondimento).

Ritengo utile, al fine dello sviluppo dell’argomento in esame del collaboratore di giustizia, porre in luce l’impostazione della dottrina che riconduce il fondamento dell’identità personale ora al primo comma dell’art 3 della Cost., dunque facendo leva sul concetto di “*pari dignità sociale*”; ora al secondo comma del medesimo art., quindi più in particolare sulla clausola del “*pieno sviluppo della persona umana*”¹⁶²; ora all’art 2 della Cost.

¹⁶¹ A. SCALISI, *Il valore della persona nel sistema ...*, cit, p. 150. Tale mancata totale coincidenza “*per due fondamentali ordini di considerazioni: sia perché la personalità può risultare alterata anche quando altri faccia un uso legittimo del nome sia anche perché sebbene l’art 7 c.c. preveda l’azione di reclamo contro atti del terzo diretti contrastare l’uso del proprio nome e l’azione di usurpazione contro l’assunzione del proprio nome da parte di altri si deve ritenere che nel nostro sistema il nome sia tutelato, più che quale strumento di identificazione della personalità individuale semplicemente quale segno distintivo dei soggetti o più semplicemente quale segno individualizzante la persona nella sua mera esistenza fisica. Anche quando il nome altrui venga utilizzato dal terzo per consumare un’alterazione della personalità individuale la sua funzione primaria resta quella indicata non certo quella di indice manifestativo dell’identità della persona*”. Contrariamente, si veda l’impostazione di CAPIZZANO, *La tutela del diritto al nome*, in *Riv. dir. comm.*, 1962, I, 249, per il quale il nome assume il ruolo di simbolo dell’intera personalità.

¹⁶² La letteratura in materia di identità personale è assai ricca. Mi limito a citarne solo alcuni: A. PIZZORUSSO, nota a Pret. Torino 30 maggio 1979, in *Foro it.*, 1980, I, 2079; A. PACE, *Il cd. diritto all’identità personale e gli artt. 2 e 21 della Costituzione*, in *Giust. civ.*, 1980, II, 409; A. FIGONE, *Il diritto all’identità personale nelle recenti elaborazioni di dottrina e giurisprudenza*, in *Resp. civ. prev.*, 1980, 763; G. BAVETTA, voce *Identità (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, pp. 953 ss. e, più recentemente, gli *Atti del Seminario* promosso dal Centro di Iniziativa giuridica Piero Calamandrei e dal Centro Studi e Documentazione giuridica, raccolti nel volume *Il diritto alla identità personale*, a cura di G. Alpa – M. Bessone – L. Boneschi, Padova, 1981.

medesima, dunque “*al riconoscimento e alla garanzia dei diritti inviolabili*” più genericamente intendibili quali “*esigenze umane*”¹⁶³.

Sposo a pieno tale visione costituzionale (sia pure da taluni contestata nel più generale ambito di argomentazione del moderno diritto all'identità), che ritengo fondamentale per potere rivolgere un monito alle odierne mancate garanzie ai collaboratori. Sintomatica di questa carenza è la posizione che gli organi della protezione assumono nei confronti della attività lavorativa che il collaboratore non detenuto abbia eventualmente intenzione e possibilità di intraprendere. Il reperimento, infatti, di un lavoro retribuito è visto sostanzialmente come un'occasione per disporre la estromissione del collaboratore dal programma di protezione.

A ciò si giunge perché, in realtà, sulla consapevolezza di dover "accompagnare" (anche tramite la gestione ed il controllo della sua attività lavorativa) il soggetto lungo la strada della risocializzazione, prevale la preoccupazione di contrastare atteggiamenti parassitari di soggetti che, non avendo quasi mai svolto una seria e legale attività

¹⁶³ GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della personalità umana e il cd. diritto alla riservatezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pp. 458 ss.; CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, pp. 34 ss.; AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978, pp. 46 ss. Esclude, invece, ogni fondamento costituzionale del diritto “all'identità personale” S. FOIS, *Questioni sul fondamento costituzionale del diritto “all'identità personale”*, in *L'informazione e i diritti della persona*, Padova, 1980, p. 155ss.

lavorativa, possono ritenere di aver raggiunto la comoda e definitiva dimensione di “mantenuti di Stato”.

Tuttavia, tale atteggiamento degli organi preposti alla tutela del collaborante, da un lato è indice di una insicurezza di fondo del legislatore, il quale evidentemente non ritiene che il sistema sia in grado di distinguere e trattare in maniera ragionevolmente diverse situazioni obiettive diverse ed atteggiamenti soggettivi ben distinguibili dei "pentiti"; dall'altro, invece, evidenzia la mancanza di consapevolezza di quello stesso legislatore che ancora non si è reso conto che è suo preciso interesse, oltre che dovere, ridimensionare la ingombrante figura del "pentito", il quale, anche tramite un adeguato trattamento risocializzante, va riconvertito da imbarazzante "socio in affari" a comune cittadino, rispettoso delle regole e dei valori cui deve ispirarsi la vita associata.

La sentenza Viscardi¹⁶⁴, ponendo con chiarezza il principio in base al quale una seria collaborazione con la giustizia rappresenta, sino a prova del contrario, un valido presupposto per fondare un giudizio di affievolita pericolosità sociale, potrebbe costituire il punto di partenza di un, seppur non facile e non breve, cammino

¹⁶⁴ Cassazione penale, 16 Aprile 2004, n. 20612 sez. II, con nota di M. Fumo: *Quando il prevenuto collabora: decalogo per il giudice di merito.*

verso una meta di razionalizzazione del trattamento del collaboratore di giustizia, che, in quanto anch'egli destinatario della sanzione penale e non semplice "strumento" di lotta al crimine, va considerato soggetto titolare del diritto al percorso di risocializzazione, perché a sua volta titolare del diritto all'estrinsecazione della propria identità, rappresentato da tutto ciò che vale a tenere distinto un soggetto da un altro, un appartenente allo status di pentito, da altrettanto, ma sempre diverso, appartenente al medesimo *status*.

Tuttavia, molto dipenderà dalla futura giurisprudenza, la quale, solo se intenderà raccogliere l'input fornito dalla sentenza Viscardi, finirà per costringere il Legislatore ad un coerente completamento della normativa attinente ai collaboratori di giustizia, nel senso che ci si faccia esplicitamente carico anche dell'iter finalizzato alla rieducazione di tale speciale categoria di imputati-condannati.

L'obiettivo deve essere quello di far stare tali soggetti all'interno di una medesima categoria, di uno *status*, che tutti li eguagli, apprestandosi per suo tramite le giuste, dovute e identiche garanzie, sia per la collettività che per lo stesso soggetto che vi si fa rientrare, tra le quali vi ricompriamo quella della non soppressione della

propria identità. Se configuriamo l'identità¹⁶⁵, come fin ora detto, con il patrimonio ideologico, culturale, comportamentistico di cui già si dispone ma che sempre si evolve, ciascun appartenente a tale status, nel tempo, sviluppando e modificando tale patrimonio, è messo nelle condizioni di decidere della propria reintegrazione, di decidere cioè di rendersi autonomo dalla (purtroppo oggi quasi sempre definibile come solo denigrante, dunque spesso ghettizzata), partecipazione allo *status* di collaborante. In conclusione dico, che lo *status* di collaborante rientra nella categoria della “soggettività strumentale”, data dalla nuova identità giuridica, e dalla vecchia, in potenziale via di riscatto. Il mutamento dei dati anagrafici deve garantirsi mezzo di tutela della restante parte del diritto all'identità. Solo in tal senso tale nuova soggettività è più completamente pronta ad assolvere alla funzione di “*valvola ordinamentale*” idonea, d'un canto, “*a collegare realtà ed apparenza, ambedue giuridicamente rilevanti in funzione positiva di protezione e non elusiva o lesiva*”

¹⁶⁵ Trib. Roma, 27 marzo 1984, in *Giust. civ.*, 1985, I, 529; in *Resp. civ. e prev.*, 1984, 562; *Giur.it.*, 1985, I, 2, 13. “Il diritto all'identità personale va inteso come proiezione della persona, in riferimento alla sua collocazione nel contesto delle relazioni sociali, diritto dell'individuo ad essere garantito nella sua posizione economico-sociale, a vedere rispettata la sua immagine di partecipe alla vita associata con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le sue convinzioni ideologiche, morali, sociali e politiche che lo differenziano e allo stesso tempo lo qualificano”.

degli interessi”¹⁶⁶; e, dall’altro, a collegare realtà passata e realtà futura in funzione di una riacquisibile dignità sociale, quasi si tentasse a legittimare *“l’inseguimento dell’estraneo”*¹⁶⁷ che è in ciascuno di noi, e che ciascuno di noi è doverosamente tenuto a disvelare.

In tale idealistica prospettiva, accompagno il mio pensiero con un celebre passo di Pirandello nei *Sei personaggi in cerca d’autore* laddove il Padre: *“Il dramma per me è tutto qui, signore: nella coscienza che ho, che ciascuno di noi - veda - si crede uno, ma non è vero: è <tanti>, signore, <tanti>, secondo tutte le possibilità d’essere che sono in noi: <uno> con questo, <uno> con quello - diversissimi! E con l’illusione, intanto, di essere sempre <uno per tutti>, e sempre <quest’uno> che ci crediamo, in ogni atto. Non è vero! Non è vero! Ce ne accorgiamo bene, quando in qualcuno dei nostri atti, per un caso sciaguratissimo, restiamo all’improvviso come agganciati e sospesi: ci accorgiamo, voglio dire, di non essere tutti in quell’atto, e che dunque una atroce ingiustizia sarebbe giudicarci da quello solo, tenerci agganciati e sospesi, alla gogna*

¹⁶⁶ C. MAZZÙ, *La soggettività contrattata*, cit., p.158 che continua evidenziando una netta differenza con quanto avviene nella simulazione o nella stipula dei contratti in frode alla legge, sanzionate perché costituenti un “abuso della funzione strumentale”.

¹⁶⁷ L. PIRANDELLO, *Uno, nessuno e centomila*, Milano, 1948, il cui V cap. proprio porta questo titolo.

per un'intera esistenza, come se questa fosse tutta assommata in quell'atto"¹⁶⁸.

8. Il mutamento di sesso per una rinnovata identità intesa nella sua interezza

Altro aspetto dell'identità personale, tra i molteplici prima solo accennati, è rappresentato nel nostro ordinamento dall'identità sessuale¹⁶⁹. Il tema dell'identità sessuale si è fondamentalemente arricchito di specifici riferimenti normativi con la legge 14 aprile 1982, n° 164, recante norme in materia di attribuzione di sesso.

Prima di tale legge l'identità sessuale era determinata una volta per tutte al momento della nascita in base alle caratteristiche fisiche della persona che in quel momento era dato oggettivamente accertare. Il sesso accertato al momento della nascita era registrato, curato sotto il profilo grammaticale, negli (e da allora e per sempre riferito agli)

¹⁶⁸ L. PIRANDELLO, *Maschere nude*, cit., p. 46.

¹⁶⁹ Sul mutamento di sesso e sui problemi giuridici ad esso relativi cfr.: STANZIONE, *Premessa ad uno studio giuridico sul transessualismo*, in *Annali fac. giur. Univ Camerino*, 1972, pp. 344 ss., Id., (questa volta però con attenzione ad esperienze straniere) *La soluzione normativa del transessualismo: l'esperienza tedesca occidentale*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 1232; BARTOLE, *Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo*, in *Giust. cost.*, 1979, p. 719; C. D'ARRIGO, *Autonomia privata ed integrità fisica*, Milano, 1999.

atti dello stato civile¹⁷⁰.

Con l'avvento di tale Legge, invece, ai sensi dell'art. 1, è ammessa la rettificazione degli atti di stato civile con attribuzione di sesso diverso da quello accertato al momento della nascita *“a seguito di intervenute modificazioni dei caratteri sessuali”* e a sua volta l'art. 3 dispone che *“il Tribunale quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico - chirurgico, lo autorizza con sentenza”*.

Il senso e la portata di queste disposizioni ha sollevato un vasto e impegnativo dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha trovato una sua conclusione con la sentenza n° 161 del 1985 della Corte Costituzionale¹⁷¹. La Corte ha definitivamente chiuso i termini di quel dibattito, avendo ritenuto la piena legittimità delle disposizioni in esame nella parte in cui consentono il mutamento di sesso tutte le

¹⁷⁰ A. SCALISI, *Il valore della persona ...*, cit., p. 162: *“Le ipotesi che in seguito ad un particolare procedimento giudiziale di autorizzazione (ai sensi degli artt. 454c.c. e 165 e ss. R.D 1939/1238), consentivano la modifica degli atti di stato civile erano fondamentalmente due e precisamente: quella dell'erronea dichiarazione di chi aveva provveduto alla registrazione della nascita del soggetto e l'altra dell'erronea trascrizione da parte dell'ufficiale di stato civile del sesso di una persona. A queste ipotesi la giurisprudenza nel tempo aveva equiparato quella rappresentata dal cd. ermafroditismo ovvero l'ipotesi di un soggetto che al momento della nascita presentava le caratteristiche fisiche di un sesso e successivamente per evoluzione naturale aveva acquisito il sesso opposto. Nessuna disciplina era prevista invece per altre ipotesi quali quella dell'<ermafroditismo> nello specifico significato di <sesso ambivalente> e l'altra del <transessualismo> quale divergenza tra sesso fisico e sesso psichico”*.

¹⁷¹ Due le posizioni fondamentali emerse: quella secondo cui l'ipotesi regolata sarebbe rappresentata dal solo *“ermafroditismo somatico”* condizione di sesso incerto riportabile attraverso intervento chirurgico ad un sesso certo; l'altra che interpreta quelle stesse disposizioni estensivamente sino a ricomprendere le ipotesi di *“transessualismo”*, condizioni di sesso caratterizzate da divergenze tra sesso fisico e sesso psichico.

volte che sulla base di convincimenti psicosessuali soggettivi, in contrasto con il sesso fisico, l'autorità giudiziaria autorizza l'intervento chirurgico demolitore o ricostruttivo al fine di adeguare i caratteri sessuali apparenti a quelli del sesso cui il soggetto sente di appartenere¹⁷². La Corte ha chiarito altresì che ai sensi degli artt. 2 e 32 della Costituzione sono leciti sia l'autorizzazione all'intervento chirurgico, sia lo stesso intervento chirurgico, così come disciplinati dall'art. 3 della Legge in esame, in quanto gli stessi sono diretti a tutelare la *salute* psichica e l'*identità sessuale* del soggetto¹⁷³.

*“Ciò detto, resta comunque il dato della frammentarietà dell'intervento normativo, che si limita ad affrontare e disciplinare i profili di più immediata rilevanza, lasciando (almeno apparentemente) scoperti settori importanti dell'ordinamento, che vanno al di là della ipotesi singola e si legano a vicende più ampie e complesse”*¹⁷⁴. Fondamentale allora si rivelerà il ruolo dell'interprete che, con particolare attenzione, dovrà rilevare i punti di connessione più saldi, per rendere le singole norme coerenti col sistema e risolvere i problemi che in concreto si pongono.

¹⁷² La sentenza è pubblicata in *Dir. Fam.pers.*,1985, pp. 420 ss. e in *Nuove leggi civ. comm.*,1986, p. 342, con nota di S. PATTI, *Identità sessuale e tutela della persona umana: si conclude un lungo dibattito?*

¹⁷³ DOGLIOTTI, *Identità personale: mutamento di sesso e principi costituzionali*, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 23 ss.; PATTI, *Aspetti oggettivi e soggettivi dell'identità sessuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*,1984, pp. 335 ss., ed ivi ampi riferimenti bibliografici.

¹⁷⁴ C. MAZZÙ, *La soggettività contrattata*, cit., p. 162.

Chiaro che, sulla base di quanto esplicitamente reso dall'art 5 della legge in esame, in forza del quale *“le attestazioni di stato civile riferite a persona della quale sia stata giudizialmente rettificata l'attribuzione di sesso sono rilasciate con la sola indicazione del nuovo sesso e nome”*, si conviene, sebbene non tutti concordino, sull'automaticità del cambiamento del nome a seguito dell'autorizzazione al mutamento, con attribuzione di un nuovo sesso. Il tutto è chiaramente giustificabile in forza dell'inevitabile collegamento con l'art 2 della Cost. che, tutelando i diritti inviolabili dell'uomo, tutela il diritto all'identità personale, all'interno del quale v'è la necessità primaria ed imprescindibile della tutela del diritto al nome.

Pur nella varietà delle sue articolazioni, connotato stabile del diritto all'identità personale *“consiste nell'assolvere alla funzione di formula riassuntiva di tutte le manifestazioni e qualità dell'individuo, che ne specificano la personalità rendendola un unicum. Il nome, quale segno distintivo ed identificativo della persona nella vita di relazione diviene un coelemento essenziale e di più agevole utilizzazione dell'intera fase di individualizzazione della persona”*¹⁷⁵.

Ritengo utile inoltre sottolineare (sulla base d'altronde della

¹⁷⁵ C. MAZZÙ, *La soggettività contrattata*, cit., p. 165; il quale a sua volta rinvia ad una sintesi efficace delle questioni sottese all'attribuzione ed all'uso del nome in M. NUZZO, voce *Nome (dir. vig.)* in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978

medesima evidenziazione da me sollevata nel paragrafo precedente circa la posizione del collaborante), che il diritto all'identità in materia di mutamento di sesso, non deve essere limitato all'ottenimento d'una modifica dei dati anagrafici, che è sì fondamentale, ma non esclusiva, perché comunque sempre strumentale a tutto il resto di cui si sostanzia il complesso diritto all'identità medesima.

La giurisprudenza ha ormai da tempo utilizzato il concetto di identità personale, valorizzandone il profilo esterno, quale bene giuridico costituito dalla proiezione sociale della persona, “*sintesi di un peculiare modo di atteggiarsi ed esprimersi mediante azioni e pensieri*”¹⁷⁶.

Tra nome e sesso da una parte e identità personale dall'altra non vi è totale, ma solo parziale, coincidenza: l'identità è sintesi del concorso dei primi due elementi con però tutta una serie di ulteriori segni distintivi; la vera unicità, dunque, ed identità del soggetto si coglie su un piano molteplice, come espressione della personalità integrale. Questo giustifica la considerazione precedente, circa la frammentarietà e spesso incompletezza delle disposizioni in materia di mutamento di sesso: innumerevoli infatti sono i riflessi pratici della questione sulla persona che, se non ben orientati, troppo spesso la

¹⁷⁶ Pret. Roma, 12 novembre 1982, in *Dir. famiglia*, 1983, 153.

espongono alle conseguenze della continua riemersione nelle relazioni sociali del preesistente status soggettivo, con inevitabile esposizione a rischio di violazione della *privacy*, individuale e familiare.

“Non si pone solo un problema tecnico, cioè quello di colmare la lacuna della disciplina del caso singolo, ma diventa assorbente la questione dell’effettività della tutela della persona, che pur vanta nei confronti della collettività un a sorta di <diritto all’oblio>, per interporre un diaframma protettivo tra il passato ed il presente esistenziale. Se questa motivazione si è intravista giustamente in materia di adozione legittimante, quale fondamento della norma protettiva contenuta negli artt. 27- 28 L. 184/1993, una formulazione simile non si è usata nell’art 5 L. 164/1982, come sarebbe stato opportuno fare”¹⁷⁷.

La reazione dell’ordinamento non può e non deve esaurirsi nel predisporre gli strumenti per adeguare, nella generalità dei rapporti, alla nuova situazione di fatto una nuova, per così dire, “condizione” del soggetto, ma si esplica anche nelle fasi, precedente e successiva, a questo ufficiale e generale riconoscimento mediante la considerazione

¹⁷⁷ C. MAZZÙ, *La soggettività contrattata*, cit., p. 173, che a sua volta rinvia in nota 48 di pag. 173 a M.R. MORELLI, voce *Oblio (diritto all’)*, in Enc. dir., VI agg., Milano, 2002 ed a una moltitudine di interventi giurisprudenziali sulle più varie materie, tra cui Cass. Civ., Sez. III, 9 aprile 1998, n° 3679, in *Foro it.*, 1998, I, 1834 con nota di P. LAGHEZZA, *Il diritto all’oblio esiste (e si vede)*; ed in *Danno e resp.* 1998, 882, con nota di C. LO SURDO, *Diritto all’oblio come strumento di protezione di un interesse sottostante*; Trib. Bari, 1 ottobre 1993, in *Riv. giur. scuola*, 1995, p. 845 con nota di A. ROSANO, *Transessualità e diritto all’oblio*.

che singole norme, per particolari fattispecie, dimostrano di avere nei confronti dell'avvenuto mutamento. L'irrilevanza¹⁷⁸ del mutamento di quei tratti distintivi sulle preesistenti relazioni giuridiche della persona, che restano indifferenti al mutamento di sesso o di prenome, è solo "tendenziale": si lascia infatti scoperto l'assai ampio settore delle relazioni giuridiche "*sensibili al cambiamento*".

Il mutamento di sesso, pertanto, non soltanto ha una rilevanza sociale e di fatto ma è, di per sé, evento che si porta dietro una serie cospicua di conseguenze giuridiche perché muta, in un certo senso, le istanze di riferimento.

È opportuno a questo punto portare solo alcuni degli esempi della rilevanza giuridica del fenomeno in esame - dico alcuni perché bisognerebbe passare al vaglio i più vari, e oltretutto diversi da caso a caso, momenti di vita e relazione del soggetto in questione -, al fine di giustificare l'applicazione di molte norme (si pensi alla disciplina della separazione dei coniugi) o di orientare il giudice nelle scelte discrezionali che la norma gli impone di compiere (si pensi, all'istituto dell'affidamento della prole); o, infine, di suggerire

¹⁷⁸ C. MAZZÙ, *La soggettività contrattata*, p. 175: "Resta sicuramente invariata la posizione dell'individuo rispetto agli obblighi tributari, alle sue eventuali responsabilità penali per fatti anteriormente commessi, alla titolarità di concessioni, di autorizzazioni e simili; e nel campo privatistico, restano insensibili al mutamento i rapporti nascenti da un contratto di locazione o di compravendita, da illecito civile (solo in via esemplificativa)".

all'interprete l'inapplicabilità di talune norme, divenute incompatibili con l'avvenuta trasformazione sessuale e che, da un punto di vista formale, andrebbero applicate verso chi conserva ufficialmente una designazione sessuale (si pensi, all'obbligo di fedeltà tra coniugi). Si pensi all'accertamento dell'idoneità all'esercizio di alcune attività lavorative¹⁷⁹, alla disciplina dell'ordine religioso, in relazione all'istituto matrimoniale¹⁸⁰, all'attività regolamentare di tipo negoziale (si pensi alle disposizioni di ultima volontà), alle questioni di validità contrattuale (si pensi al contratto di ingaggio di un atleta da parte di una società iscritta ad un campionato maschile o, viceversa, all'ingaggio di una donna in una squadra femminile, poiché il contratto non può sopravvivere al mutamento di sesso del giocatore), o all'attività di contrattazione collettiva.

Ancora più evidente è la questione, laddove proprio si individui un rapporto giuridico "*intuitu personae*" - all'interno della cui categoria, autonoma rispetto al rapporto "*a soggetto indifferente*", rientra a pieno titolo lo stesso contratto matrimoniale - laddove la qualità della persona è fattore determinante nella formazione del

¹⁷⁹ G. PERA, *Le condizioni della donna lavoratrice*, in *Foro it.*, 1967, V, c. 56 ss.

¹⁸⁰ Per l'intersessuale, in particolare, si pone il problema, sia per il codice canonico sia per quello civile, della validità del matrimonio con una persona di sesso maschile o femminile. Il problema va posto in termini di errore sulla qualità della persona (canone 1083 c. can.; art 122 c.c.) e d'impotenza (canone 1068 c. can.; art 123 c.c.). Ma la giurisprudenza nell'interpretazione della nozione "*manca di organi*" manifesta tali incertezze da complicare ulteriormente il problema.

consenso. Chiaramente il cambiamento di sesso incide sui “rapporti propriamente personali”, ma solo su quelli in cui - tra i caratteri della persona - l’essere uomo o donna è elemento determinante, per evitare di cadere inopportunamente in soluzioni unilaterali.

Se si riflette, dunque, già da un’approssimativa messa a contatto della normativa vigente con il “fatto” della trasformazione sessuale, si possono ricavare significativi insegnamenti che devono indurre a non assumere di fronte al problema un atteggiamento tendente a circoscrivere l’attenzione del giurista alla possibilità, al tempo ed allo strumento di adeguamento dello stato civile allo stato nuovo.

Il sesso è, come tale, un valore ed un fatto sussunto, presupposto a fondamento di una vasta disciplina giuridica, che va applicata e disapplicata in seguito al mutamento di esso. In chiave interpretativa la sensibilità del giurista saprà in questa delicata materia suggerire, nel rispetto del dato normativo e della valutazione del “fatto” nel quale deve vivere l’esperienza concreta, le soluzioni adeguate alle esigenze del soggetto interessato sempre oltretutto temperate dalle esigenze di altri che sono entrati o entrano in contatto con lui.

“D’altra parte, non sempre basta il comune buon senso a suggerire la soluzione: l’adozione legittimante di un minore, chiesta ed ottenuta da chi poi muti il proprio sesso originario, considerato

che l'adozione non sarebbe stata possibile a due persone dello stesso sesso, deve ritenersi soggetta per il fatto nuovo, ad inefficacia sopravvenuta? O non si deve valutare in concreto se ricorrano i presupposti per privilegiare piuttosto l'interesse dell'adottato, eventualmente conservando il legame già sorto o in itinere, se il cambiamento si verifichi durante la procedura di adozione?"¹⁸¹.

Il sesso - contrariamente a tutta una serie di nuove soggettività emergenti per le quali, come visto per esempio nell'ipotesi del collaboratore, si definiscono microsistemi normativi - non si può e non si deve tradurre in uno *status* in quanto non esprime la sintesi ideale di taluni rapporti giuridici ricollegabili alla condizione biologica della struttura o a quella psicologico sociale degli atteggiamenti, il che comunque non esclude che la questione possa avere i suoi riflessi su questioni di stato, quale per esempio su quel particolare *status* familiare di coniuge.

In definitiva, si tratta di un vasto settore da scoprire e indagare con un notevole impegno di "rilettura" dei codici e delle leggi speciali alla luce dei principi costituzionali e del fenomeno in oggetto, in tutti i suoi riflessi sociali, psicologici, biologici ed economici.

¹⁸¹ C.MAZZÙ, *La soggettività contrattata*, cit., p. 176, con specifico riferimento a Trib. min. Perugia, 22 luglio 1997, in *Dir. famiglia*, 1998, 593.

La persona ha verso se stessa il dovere di realizzare il suo “*pieno sviluppo*”, di rispettarsi, di mantenere la propria integrità fisica¹⁸²: pertanto, a nulla varrebbe il principio di cui all’art. 4, comma 2, Cost. in virtù del quale: “*ogni cittadino ha il dovere di svolgere secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un’attività e una funzione che concorra al progresso materiale e spirituale della società*”, laddove tale norma dovesse trovare nel mancato e deprecabile “*rispetto della persona umana*” (art. 32 Cost.) un limite invalicabile. D’altronde il mutamento di sesso si giustifica solo se non lo si prospetta quale espressione di libera e arbitraria scelta della persona interessata o di chi ne fa le veci, ma come conseguenza di terapie e di interventi chirurgici rivolti ad assecondare una naturale tendenza, o ad evitare effetti negativi sulla salute, quale l’ipotesi della grave nevrosi, e sul comportamento della persona determinandone l’isolamento e la ghettizzazione sociale. Bisogna assolutamente predisporre adeguate regole a tutela di tale persona e delle sue più generali esigenze, considerato che lo si è compiutamente fatto solo per sicurezza fisica: “*è strano il fatto che ciò sia avvenuto per tutelare terroristi e/o malavitosi pentiti e le loro famiglie, ma non sia avvenuto*

¹⁸² E’ questa, del resto, la linea di tendenza presente nella stessa legislazione ordinaria (si veda art 5 c.c., art 580 c.p): “*il voler mutare sesso senza che il mutamento abbia un’obiettivo giustificazione (biologica, psicologica...) equivarrebbe a compromettere lo sviluppo della persona, impedirne la realizzazione con irrimediabile danno per essa e per la collettività*”.

a favore di soggetti incolpevoli e sfortunati, perché condannati a vivere il dramma del dissidio tra il corpo e la psiche e, perciò, certamente meritevoli di tutela sociale quanto, se non più, degli altri”¹⁸³.

Così Pirandello in *Uno, nessuno, centomila*: “L’idea che gli altri vedevano in me uno che non ero io quale mi conoscevo; uno che essi soltanto potevano conoscere guardandomi da fuori con occhi che non erano i miei e che mi davano un aspetto destinato a restarmi sempre estraneo, pur essendo in me, pur essendo il mio per loro (un <mio> dunque che non era per me!); una vita nella quale, pur essendo la mia per loro, io non potevo penetrare, quest’idea non mi diede più requie. Come sopportare in me quest’estraneo? quest’estraneo che ero io stesso per me? come non vederlo? come non conoscerlo? Come restare per sempre condannato a portarmelo con me, in me, alla vista degli altri e fuori intanto dalla mia?”.

¹⁸³ C. MAZZÙ, *La soggettività contrattata*, cit., p. 175.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Così come disse Baudelaire¹⁸⁴: “*Il dettaglio è parallelo alla divisione del lavoro, alla frammentazione sociale dell’individuo*”. Sembra dunque svelarsi agli occhi di noi contemporanei, spettatori disincantati, la rivolta del dettaglio contro la totalità, del frammento contro la generalità, del particolare contro l’universale.

Il ritaglio della realtà dal contesto che l’assorbe costituisce l’analogo della cicatrice di Ulisse quando rivela la sua identità alla nutrice. La prova della sua presenza e identità, della sua esistenza autentica, passa per una ferita, cioè passa per un lavoro di superamento dell’irricognoscibile, di anamnesi dell’alterità. “*Gli indizi, l’odore, la cicatrice, il sesso, sono prove attraverso la carne...*”¹⁸⁵. Le ferite del reale così massicciamente presenti nella società contemporanea, danno luogo ad una analisi interminabile verso la sua identificazione, in continuo crescere e divenire.

In un celebre testo¹⁸⁶ Freud osserva che la parola tedesca *unheimlich* (perturbante) è l’antitesi di *heimlich* (familiare, abituale, di casa). Ciò che è nuovo, ciò che è presente come realtà e non come

¹⁸⁴ C. BAUDELAIRE, *Il pittore della vita moderna*, in *Scritti sull’arte*, Torino, 1981, p. 308.

¹⁸⁵ J. F. LYOTARD, *Ritorno*, in *Lecture d’infanzia*, Milano, 1993.

¹⁸⁶ S. FREUD, *Il perturbante*, in *Saggi sull’arte, la letteratura e il linguaggio*, Torino, 1977.

abitudine, “*diventa facilmente spaventoso*”, inconsueto. Ma ciò che conta è che, allo stato attuale, in risposta ad un’eventuale demonizzazione, ghettizzazione, emarginazione del diverso, proprio vi sia l’affermazione d’un diritto contemporaneo pronto a mettere in scena il superamento della cesura netta tra il quotidiano e lo straordinario, tra l’identico e il non-identico. Il diritto “contemporaneo”, infatti, per il tramite della fenomenologia della decodificazione, svolge il ruolo di “commutatore”, ruolo senza il quale non risulterebbe possibile l’attribuzione di significato, dunque di dignità di immediato riconoscimento, insomma di identità, ad una variabile d’un sistema tendenzialmente invariabile. Ed è questa conquistata identità a garantire la sua circolazione nel mondo sociale dei significati. L’alterità è ricondotta alla familiarità attraverso una definizione e correlata regolamentazione. Il diritto, come qualsivoglia altra scienza sociale, ha la necessità di metabolizzare ed identificare, sia pur tardivamente, l’esperienza: il riconoscimento di Ulisse, *a posteriori* e tardivo, fu reso possibile solo attraverso il contatto diretto con la ferita da parte di Euriclea (la nutrice). Il riconoscimento della ferita, produce l’effetto di identificazione, legittimazione e partecipazione dello “straniero” che poi straniero non è. Ulisse è riconosciuto e fatto entrare nel palazzo con la gloria che gli spetta: ogni istanza nominata

e “museificata” attraverso l’opera del Legislatore mostra oggi la ferita che l’ha resa riconoscibile e identificabile attraverso un dettaglio: c’è sempre dell’invisibile in ogni visibile: è occorso che la ferita venisse direttamente a contatto con la balia perché Ulisse fosse riconosciuto.

Dall’*aut aut* che ha segnato tutto l’Ottocento (la tendenza alla specializzazione e alla suddivisione, le contrapposizioni sociali, i conflitti politici, le contrapposizioni estetiche e filosofiche quali bello/brutto, essere/divenire ecc.) si passa nell’arco di pochi anni all’*e* del XX secolo e alla matrice polisemica e complessa che essa comporta. L’*e* che Kandisky¹⁸⁷ aveva preconizzato come tratto distintivo del nostro tempo è strettamente legata all’idea di modernizzazione che implicava la coesistenza poliritmica di più realtà a partire da un principio di contiguità, di concatenazione: la connessione che mette in gioco una logica combinatoria della realtà¹⁸⁸. Nel suo saggio Kandinsky dice che: *“L’Ottocento fu caratterizzato quasi per intero da un lavoro più o meno tranquillo all’ordine. L’ordine era realizzato sulla base della separazione, della suddivisione ... considerato dall’esterno anche il nostro tempo, in contrapposizione all’ordine del secolo scorso, può essere definito con una sola parola:*

¹⁸⁷ KANDINSKY, *E, alcune osservazioni sull’arte sintetica*, in *Tutti gli scritti* 2, Milano, 1981 (pubblicato per la prima volta nel periodico internazionale *i 10*, Amsterdam, 1927)

¹⁸⁸ Cfr. A. FALZEA, in *Enciclopedia del diritto, Annali I*, voce *Complessità*.

caos”. Il diritto contemporaneo è la risoluzione del dissidio tra ordine (codice) e disordine (nuove leggi speciali).

Si pone l'accento “*sul processo attraverso il quale norme particolari e particolari interessi vanno progressivamente integrandosi ed armonizzandosi in una strutturazione ad un tempo complessa ed evolutiva quasi prospettandosi una seconda primogenitura*”¹⁸⁹.

Come osserva Didi- Huberman dopo Goethe¹⁹⁰: “*il discorso storico non nasce mai, ricomincia sempre*”.

Il nuovo che segna la contemporaneità (*contemporaneus, cum tempus* - insieme *nello* stesso tempo o *di fronte* allo stesso tempo), non significa necessariamente ciò che non è stato mai visto o creato, ma ciò che è stato escluso. La contemporaneità si è fatta carico di queste esclusioni, dove principalmente è in gioco il rapporto fra soggettività e libertà.

Sempre prendendo spunto dal mondo dell'arte: “*l'irregolare, la luce che divora le forme modificandone l'aspetto, le zone d'indiscernibilità fra oggetti e spazi, le formazioni visive non gerarchizzate, le asimmetrie, il caso, il contrasto, le dissonanze, l'errore*”¹⁹¹ entrano di diritto a far parte dell'orizzonte dell'opera legislativa comples-

¹⁸⁹ A. FALZEA, *Enciclopedia del diritto, Annali I*, voce *Complessità*, cit., p.201

¹⁹⁰ G. DIDI HUBERMAN, *L'immagine insepolta*, Torino, 2006, p. 13.

¹⁹¹ M. FALETRA, *Dissonanze del tempo. Elementi di archeologia dell'arte contemporanea*, Chieti, 2009.

sivamente intesa. Se l'Ulisse greco è partito e ritornato, l'Ulisse di Joyce non è mai partito, perché si è trovato immerso nella proliferazione: Joyce cerca di rendere conto della molteplicità e dell'eterogeneità del presente: alla monocronia dell'Ulisse greco, Joyce contrappone la policronia del suo Ulisse, il suo "ebreo errante".

Ciò detto non è comunque da negarsi che sulla "contemporanea produzione" legislativa purtroppo regni un'economia dell'abbondanza, di spreco, di dispendio di significati a favore di caste e di specifiche persone, "un'economia dell'escrescenza": una specie di capitale illimitato del valore, d'inflazione di strane e potenti istanze. La *fine (dell'arte così come) del diritto*, della giustizia e della garanzia d'una vera democrazia è sempre da intendersi come strettamente connessa al problema della perdita di valori.

BIBLIOGRAFIA

- ALBANESE A., *La sicurezza generale dei prodotti e la responsabilità del produttore nel diritto italiano ed europeo in Europa e dir. priv.*, Riv. Trim., a cura di J. Bonell, C. Castronovo, A. Di Majo, S. Mazzamuto, 4 / 2005, p. 976 e ss.
- ALPA G. – BESSONE M. – BONESCHI L., *Il diritto alla identità personale*, Padova, 1981.
- ALPA G., *Danno alla persona, aspettative legittime, criteri del risarcimento*; in *Foro it.*, 1981, I, 1, c. 2951 ss.
- ALPA G., *Trattato di diritto civile, IV. La responsabilità civile*, Milano, 1999, p. 190 ss.
- ALPA G., *Il diritto dei consumatori*, Bari, 2002.
- ALPA G., *La direttiva n. 1999/44/Ce e la tutela del consumatore*, in *L'acquisto di beni di consumo* (Autori vari), Milano, 2002, p. 9.
- ARANGIO RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1954, p. 48.
- ARENDRT H., *La banalità del male, Eichmann a Gerusalemme*, trad. P. Bernardini, Milano, 2003, p. 142.
- AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978.
- BARBERO D., *Sistema del diritto privato italiano*, II, Torino, 1965, p. 843.
- BARTOLE, *Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo*, in *Giust. cost.*, 1979, p. 719.

- BASILE M. – FALZEA A., voce *Persona Giuridica (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983.
- BAUDELAIRE C., *Il pittore della vita moderna*, in *Scritti sull'arte*, Torino, 1981, p. 308.
- BAUMANN Z., *Globalization. The Human Consequences* (1998), trad. it. Di O. Pesce, Roma–Bari, 1999.
- BAUMAN Z., *Liquid Modernity*, Oxford, 2000, trad.it. di S. Minacci, *Modernità Liquida*, Roma-Bari, Laterza.
- BAUMAN Z., esposta in *Missing community* (2001), trad. it. di S. Minacci, *Voglia di comunità*, Roma – Bari, Laterza, 2003.
- BAVETTA G., voce *Identità (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, pp. 953 ss.
- BELL D., *The Coming of Post-Industrial Society: A venture in Social Forecasting*, New York, 1973.
- BIANCA, *Diritto Civile*, I, *La norma giuridica e i soggetti*, Milano, 1978, pp. 138 ss.
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, 5. *La responsabilità*, Milano, 1994, p.584.
- BIGIAMI W., *Appunti sul diritto giudiziario*, ora in *I classici di contratto e impresa*, Padova, 1989, con prefazione di M. Bin.
- BOBBIO N., *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950.
- BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino, 1990.

- BONA M., *Risarcimento del danno, procedure di liquidazione e azione diretta nel "codice delle assicurazioni": prime riflessioni critiche*, in *Responsabilità civile e previdenza, rivista bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione*, Vol. LXX – N. 4-5, Milano, 2005, pp. 1172 e sgg.
- BOURDES YVES, *Testimonianza di Henri Cartier Bresson*, in *L'univers noir et blanc d'Henri Cartier Bresson, Photo*, p. 15, 1968.
- BUSNELLI F. D., *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1963, p. 73, 80, 87.
- BUSNELLI F. D., *La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio*, in *Riv. Crit. dir. priv.*, 1987, p. 273 ss.
- CACCIARI M., *Saggio sulla crisi del pensiero negativo da Nietzsche a Wittgenstein*, Milano, 1976.
- CAFAGNO M., *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Enti pubblici e relazioni di mercato*, Milano, 1996.
- CALVINO I., *Lezioni Americane*, Milano, 1993, p. 13.
- CAMPANELLA M., *Stato-nazione e ordine sociale. Modelli e paradigmi delle società complesse*, Milano, 1984.
- CAPIZZANO, *La tutela del diritto al nome*, in *Riv. dir. comm.*, 1962, I, 249.
- CASTRONOVO C., *Danno, danno ingiusto, danno meramente patrimoniale*, p. 89, 123, ora in Id., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997.

- CASTRONOVO C., *Dagli ordinamenti nazionali al diritto uniforme europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, p. 452.
- CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, pp. 34 ss.
- CENDON P., *Premessa*, in G. CASSANO *La prima giurisprudenza nel danno esistenziale*, Piacenza, 2002, p. 21
- CERI P. – BORGNA P., *La tecnologia per il XXI secolo*, Torino, 1998.
- CERRONI U., *La libertà dei moderni*, Bari, 1973, p 83 ss.
- CHIODI G. M., *Equità: La regola costitutiva del diritto*, Torino, 2000.
- CIOFFI F., LUPPI G., VIGORELLI A., ZANETTE E., *Il Testo filosofico, vol. 1. L'età antica e medievale*, Mondadori, 1991, 216
- CLARK I., *Globalization and Fragmentation. International Relations in the Twentieth Century* (1997), trad. it. Di G. Gasperoni, Bologna, 2001.
- COLOMBO A., *Le società del futuro. Saggio utopico sulle società post - industriali*, Bari, 1978.
- COLOMBO G., *Sulle Regole*, Milano, 2008.
- COTTA S., *La sfida tecnologica*, Bologna, 1968.
- COTTA S., voce *Soggetto di diritto*, in *Enc. Dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, p. 1214.
- D'ARRIGO, *Autonomia privata ed integrità fisica*, Milano, 1999.
- D'USSEAU F. BRUNETTA, *Esistere per il diritto. La tutela giuridica del non nato*, Giuffrè, Milano, 2001.

- DE CUPIS A., *Il diritto di libertà negoziale*, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1745 ss.
- DI MAJO A., *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, p. 386 ss.
- DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2008.
- DIDI HUBERMAN G., *L'immagine insepolta*, Torino, 2006, p. 13.
- DOGLIOTTI, *Identità personale: mutamento di sesso e principi costituzionali*, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 23 ss.
- DOUZINAS C. – WARRINGTON R. – MC VEIGH S., *Postmodern Jurisprudence*, London – New York, 1991; *Postmodernism and Law* (a cura di D. Patterson), Aldershot, 1994
- ELLENBERG HENRI, *Les présocratiques*, Parigi, Pléiade-Gallimard, 1988.
- ELLENBERG HENRI, *La notion de Kairos en psychothérapie* in *Médecins de l'ame*, Parigi, Fayard, 1995.
- FALZEA A., *I diritti dell'uomo da Helsinki a Belgrado*, (Introduzione al seminario tenuto a Messina il 3 maggio 1979), Milano, 1981, p. 4 ss.
- FALZEA A., voce *Fatto vitale*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, II, Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, p. 415 - 416.
- FALZEA A., *Enciclopedia del diritto, Annali I*, voce *Complessità*, Milano, 2007, p. 210.

- FALETRA M., *Dissonanze del tempo. Elementi di archeologia dell'arte contemporanea*, Chieti, 2009.
- FARIAS D., *Crisi dello stato, nuove disuguaglianze e marginalità*, Milano, 1993.
- FERRARESE M., *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000; Id., *Il diritto al presente*, Bologna, 2002.
- FIGONE A., *Il diritto all'identità personale nelle recenti elaborazioni di dottrina e giurisprudenza*, in *Resp. civ. Prev.*, 1980, 763.
- FOIS S., *Questioni sul fondamento costituzionale del diritto all'identità personale*, in *L'informazione e i diritti della persona*, Padova, 1980, p. 155 ss.
- FORNERO G., *Postmoderno e filosofia*, in N. ABBAGNANO, *Storia della filosofia, IV*, Torino, 1994.
- FREUD S., *Il perturbante*, in *Saggi sull'arte, la letteratura e il linguaggio*, Torino, 1977.
- FROSINI V., *Ordine e disordine nel diritto*, Napoli, 1980.
- GALLINO L., *Globalizzazione e diseguaglianze*, Roma-Bari, 2000.
- GARGANI A., *Il sapere senza fondamenti*, Torino, 1975.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1998.
- GHERSI, *La postmodernidad Juridica*, Buenos Aires, 1995.
- GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della personalità umana e il cd. diritto alla riservatezza*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 1958, pp. 458 ss.

- GLIOZZI E., *Postmodernismo giuridico e giuspositivismo*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 801 ss.
- GROSSI P., *Scienza Giuridica Italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, 2000; GROSSI P., *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, 2002.
- GROSSI P., *La cultura del civilista italiano*, cit., Milano, 2002, p. 104.
- GROTOWSKI J., *Per un teatro povero*, Roma, 1970.
- GROZIO U., *De iure belli ac paci*, edito in Francia nel 1625.
- GUARINO R., *Improvvisazione*, in *Anatomia del teatro, Un dizionario di antropologia teatrale*, a cura di Nicola Savarese, International School of Eugenio Barba, Firenze, 1983, p. 78.
- GUASTINI R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile Cicu – Messineo*, Milano, 1998, p. 224.
- HANNERZ U., *Cultural Complexity. Studies in the Social Organization of Meaning* (1992), trad. it. di S. Neirotti, Bologna, 1998.
- HELLER A. - FEHER F., *The postmodern Political condition*, trad. it. di M. Ortelio, Genova, p. 7 ss, spec. 11, 17.
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, in *Dir. soc.*, 1978, p. 631 ss.
- IRTI N., *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 625.
- IRTI N., *La tenaglia. In difesa dell'ideologia politica*, Bari, 2008, p.18 e 21.

- JAIME E., *Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 829.
- JANNARELLI A., *Sulla quantificazione giudiziale del danno per la morte del congiunto*; in *Foro it.*, 2002, I, c. 3060 ss.
- JEANNENEY JEAN-NOEL, (Presidente della Bibliothèque nationale de France), *Introduzione*, in P. ARBAIZAR, J. CLAIR, C. COOKMAN, R. DELPIRE, P. GALASSI, J. LEYMARIE, S. TOUBIANA “*Di chi si tratta. La retrospettiva completa dell’opera di Henri Cartier - Bresson*”, trad. it. a cura di Boni, Monti, Nocera, Roma, 2003.
- KANDINSKY, E., *alcune osservazioni sull’arte sintetica*, in *Tutti gli scritti* 2, Milano, 1981 (pubblicato per la prima volta nel periodico internazionale *i 10*, Amsterdam, 1927).
- KELSEN H., *Teoria Generale del diritto e dello stato*, 1945, trad. it. di S. Cotta e G. Treves, Milano, 1952; II ed., Milano, 1994.
- KERFERD G. B., *I Sofisti*, Bologna, 1988.
- LA ROSA E., in *Soggetti e ordinamento giuridico. Segmenti del corso di diritto civile*, Torino, 2000, p. 15.
- LA ROSA E., *Minore età e soggettività* in *Soggetti e ordinamento giuridico; Segmenti del diritto civile*, a cura di R. Tommasini, Torino, 2000, p. 14.
- LAGHEZZA P., *Il diritto all’oblio esiste (e si vede)*; ed in *Danno e resp.* 1998, p. 882.
- LIPARI N., *Diritto e Sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 409 ss.

- LO SURDO C., *Diritto all'oblio come strumento di protezione di un interesse sottostante*, in *Riv. giur. scuola*, 1995, p. 845.
- LOMBARDI G. M., *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, p. 466 e ss.
- LOMBARDI VALLAURI L., *Giuridico e metagiuridico: diritto e dimensioni profonde della persona*, in *Atti del XIV Convegno nazionale* (Palermo, 12-15 maggio 1983), Milano, 1984, 57ss.
- LUHMAN N., *Macht* (1975), trad.it (*Potere e complessità sociale*) di R. Schmidt e D. Zolo, Milano, 1979.
- LUMINOSO, *Le garanzie della vendita di consumo*, a cura di Bin e Luminoso, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da Galgano, Padova, 2003.
- LYOTARD J. F., *La condition postmoderne*, (1979), trad. it. di C. Formenti, 4° ed., Milano, 1989; *Immagini del post - moderno* (a cura di C. Aldegheri e M. Sabini), Venezia, 1983.
- LYOTARD J. F., *Ritorno*, in *Lecture d'infanzia*, Milano, 1993.
- MAZZÙ C., *Status del soggetto, ordinamento democratico e fruizione dei beni* in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1980, p. 968 ss.
- MAZZÙ C., *Proprietà e società pluralista*, Milano, 1983, p. 169 e ss.
- MAZZÙ C., *La soggettività contrattata*, Milano, 2005, p. 93.
- MESSINETTI D., *Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 173 ss.

- MESSINETTI D., voce “*Danno Giuridico*”, in *Enc. dir., Aggiornamento, I*, Milano, 1997, p. 482.
- MINDA GARY, *Postmodern legal movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, trad. it. di C. Colli, Bologna, 2001, pp. 130- 138, 367 ss., p. 417 ss.
- MINERVINI *Esiste la categoria degli anziani? (a proposito di violenza morale ed età)*, in *Giur. It.*, 1989, IV, p. 318.
- MONATERI P. C., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, 1998, p. 549 ss.
- MONATERI P. G., *Danno biologico da uccisione o lesione della serenità familiare? (l'art. 2059 visto come un brontosauo?)*, in *Resp. civ. e prev.*, 1989, p. 1176 ss.
- MONATERI P.G., *Il diritto all'integrità patrimoniale*, in M. Bessone, *Casi e questioni di diritto privato, editio minor*, Milano, 2002, p. 506.
- MONDOLFO R., *Alle origini della filosofia della cultura*, Bologna, 1956.
- MORELLI M.R., voce *Oblio (diritto all')*, in *Enc. dir.*, VI agg., Milano, 2002.
- NUZZO M., voce *Nome (dir. vig.)* in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978.
- PACE A., *Il cd. diritto all'identità personale e gli artt. 2 e 21 della Costituzione*, in *Giust. civ.*, 1980, II, p. 409.
- PACE V., *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del Legislatore e dei giudici "comuni"*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, p. 685 ss.

- PAPA GIOVANNI PAOLO II, *Sollicitudo rei socialis, Lettera enciclica nel XX anniversario della popolorum progressio* (dato a Roma, presso S. Pietro, il 30 dicembre dell'anno 1987, decimo di pontificato), Milano, 1998.
- PAPA GIOVANNI PAOLO II, *Etica nelle comunicazioni Sociali*, in Giornata Mondiale delle comunicazioni sociali, Giubileo dei Giornalisti, Città del Vaticano, 2000, p. 24.
- PAPA GIOVANNI PAOLO II, *Lettera enciclica di Giovanni Paolo II nel centenario della Rerum novarum*, n° 46, Milano, 13° ed., 2003, p. 64.
- PARDI F. - LANZARA G. F., *L'interpretazione della complessità*, Napoli, 1980.
- PASQUINO G., *La complessità della politica*, Roma-Bari, 1985.
- PATTI S., *Aspetti oggettivi e soggettivi dell'identità sessuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 335 ss.
- PATTI S., *La lesione del diritto all'attività sessuale e gli attuali confini del danno risarcibile*; e in *Foro it.*, 1987, I, c. 833 ss.
- PELLIZZETTI P., *L'ideologia del "pensiero unico"*, in *Critica Liberale*, 1997, n.28, p. 25 e ss.
- PERA G., *Le condizioni della donna lavoratrice*, in *Foro it.*, 1967, V, c. 56 ss.
- PERLINGIERI P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972.
- PERLINGIERI P., *Valori Costituzionali e tutela dei diritti*, in *Rassegna di dir. civ.*, Napoli, 1989, p. 307 ss.

- PERLINGERI P., *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 84.
- PERLINGIERI P., *La lucida testimonianza*, in Salvatore Pugliatti *Principio della massima attuazione della Costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 807 ss.
- PERLINGERI P., *Economia e diritto*, in P. PERLINGERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 271 e ss.
- PERLINGERI P., *Persona e mercato nel messaggio di Papa Giovanni Paolo II*. in *La persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2004.
- PIRANDELLO L., *Uno, nessuno e centomila*, Milano, 1948.
- PIRANDELLO L., *Maschere nude, tutto il teatro del più grande drammaturgo italiano del novecento*, Roma, 2001, p.110,111.
- PLATONE, *Protagora*, 320d-322d, trad. F. Adorno, in *Platone, Opere complete*, Bari, Laterza, 1982, vol. V.
- PRINCIGALLI A. M., in *Danno e resp.* 1997, p. 251.
- PUGLIATTI S., *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. giur. del lavoro*, I, (1949-1950), pp. 189-190.
- PUGLIATTI S., *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv.it. scienze giur.*, 1950, p. 120.
- PUGLIATTI S., *La proprietà e le proprietà*, 1954, ora in *La proprietà nel nuovo diritto*, rist., Milano, 1964.

- PUGLIATTI S., *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. scienze giuridiche*, 1950, p. 66; Id., *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, *Prefazione*, p. VIII – VIII.
- PUGLIATTI S., *Diritto civile, Metodo – teoria – pratica*, Saggi, Milano, 1951, p. 666.
- PUGLIATTI S., *Continuo e discontinuo nel diritto*, in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 71 e ss.
- PUGLIATTI S., *Ieri, oggi, domani - Ultima lezione - Messina 19 dicembre 1973*, Milano, 1993, p. 1-16.
- RAMONET I. - GIOVANNINI F. - RICOVERI G., *Il pensiero unico e i nuovi padroni del mondo*, Roma, 1996.
- RESCIGNO P., *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1982, p. 152 ss.
- RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 108 ss.
- ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, 1918, rist. Firenze, 1977.
- ROSSI CARLEO L., *Il futuro degli anziani e le ragioni di una ricerca in La terza età nel diritto interno ed internazionale*, Napoli, 1997.
- SALVESTRONI U., *Azione illecita e danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1993, p. 266.
- SCALFI G., *Diritto alla serenità familiare?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I.
- SCALISI A., *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano, 1990, p. 35 e ss.

- SCALISI V., *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile* in *Rivista di diritto civile*, Anno L, n° 1, Gennaio - Febbraio, 2004, Padova.
- SCALISI V., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, p. 21 e ss.
- SCHEPIS M. F., *Confini di sabbia. Un'ermeneutica simbolica dell'esodo*, Torino, 2005.
- SCHMITT C. e ROMANO S., *Lo stato moderno. Sovranità e giuridicità*, Torino, 1996, p. 85-114.
- SCODITTI E., *Un'apertura giurisprudenziale su violazione di interessi legittimi e responsabilità civile*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, p. 525 ss.
- SENECA L. A., *Lettere a Lucilio*, Torino, 1951, p. 146.
- SEVERINO E., *Il destino della tecnica*, Milano, 1988.
- SINI C., *I nuovi scenari filosofici*, in L. GEYMONAT, *Storia del pensiero filosofico e scientifico, IX. Il Novecento (4)*, a cura di E. Bellone e C. Mangione, Milano, 1996, p. 40 ss.
- SPADARO A., *Contributo per una teoria della Costituzione*, p. 336.
- SPAGNESI, *Nome (storia)*, in *Enc.dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 290.
- STANZIONE, *Premessa ad uno studio giuridico sul transessualismo*, in *Annali fac. giur. Univ. Camerino*, 1972, p. 344 ss.
- STANZIONE, *La soluzione normativa del transessualismo: l'esperienza tedesca occidentale*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 1232.

- TARELLO G., *Il diritto come ordinamento. Informazione e verità nello Stato contemporaneo*, Atti del X Congresso nazionale, a cura di R. Orecchia, Milano, 1980, p. 49-80.
- TOURAINE A., *La société post-industrielle* (1969), trad. it. di R. Bussi, 2° ed., Bologna, 1972.
- TRÉDÉ MONIQUE, *Kairós. L'a-propos et l' occasion*, Parigi, Klincksieck, 1992.
- VACCARO G.B., *Deleuze e il pensiero del molteplice*, Milano, 1990.
- VATTIMO G., *La fine della modernità. Nichilismo ed ermeneutica nella cultura postmoderna*, Milano, 1987, p. 12.
- VILLANI A., *Le "chiavi" del postmoderno: un dialogo a distanza*, Napoli, 1988, spec. p. 14.
- VIOLA F., ZACCARIA G., in *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2003, p. 159.
- VISINTINI G., *La responsabilità civile nei grandi orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 832.
- ZOLO D., *Complessità e democrazia*, Torino, 1987; *Organized Social Complexity* (a cura di T. R. LA PORTE), Princeton - New Jersey, 1975.

GIURISPRUDENZA

- Cass., sez. un., 26 gennaio 1971, n°174, in *Foro it.*,1971, I, c. 342 ss., c. 1284ss.
- Cass., 25 giugno 1981, n° 4137, in *Giust. civ.*,1981, I, p. 2213 ss.
- Cass., 4 maggio 1982, n. 2765, in *Foro.it*, 1982, I, c. 2864 ss.
- Pret. Roma, 12 novembre 1982, in *Dir. famiglia*, 1983, 153.
- Trib. Roma, 27 marzo 1984, in *Giust. civ.*, 1985, I, 529; in *Resp. civ. e prev.*, 1984, 562; *Giur.it.*, 1985, I, 2, 13.
- T. A. R. Sicilia, Sez. Palermo, 27 settembre 1985, n° 1446 in *Foro amm.*, 1986, 1535.
- Cass., 19 dicembre 1985, n° 6506, in *Foro it.*, 1986, I, c. 383 ss.
- Cass., 25 luglio 1986, n° 4755, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, p. 386 ss.
- Cass.*, 11 novembre 1986, n° 6607, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 2044 ss.
- Cons. St., Sez. V, 21 dicembre 1992, n° 1539, in *Cons. St.*, 1992, fasc. 12).
- Cass. sez. un., 22 luglio 1993, n. 8181, in *Foro it.*,1994, I, c. 1853 ss.
- Trib. Bari, 1 ottobre 1993, in *Riv. giur. scuola*, 1995, p. 845.
- Cass., 27 ottobre 1994, n° 8836, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, p. 525 ss.
- Cass., 17 settembre 1996, n° 8305, in *Danno e resp.* 1997, p.251.
- Trib. min. Perugia, 22 luglio 1997, in *Dir. famiglia*, 1998, 593.
- Trib. Roma, 4 marzo 1998, in *Il lavoro nella giur.*,1998, p. 795.
- Cass. Civ., Sez. III, 9 aprile 1998, n° 3679, in *Foro it*,1998, I, 1834.
- Cass., 23 febbraio 2000, n° 2037, in *Giust. civ.*,2000, I, p. 1655 ss.

Cass., 24 febbraio 2000, n° 2091, in *Danno e resp.* 2000, p. 877 ss.

Cons. Stato, ad. pl., ord. 30 marzo 2000, n° 1, in *Guida al diritto*, 2000, n° 15, p. 92 ss.

Cass., sez. un., 1 luglio 2002, n° 9556, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3060 ss.

Cass., 20 dicembre 2001, n° 16073; 17 luglio 2002, n° 10393, in *Corr. giur.*, 2003, pp. 179 ss.

Cass. civ., Sez. III, 27 maggio 2003, n° 8399 in *Giust. civ. Mass.*, 2003, f. 5)

Cass. pen., 16 Aprile 2004, n. 20612 sez. II.

INDICE

Capitolo Primo

| | | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|----|
| L'INTERPRETAZIONE QUALE ATTO DI MEDIAZIONE DELLE ARTI CODIFICATE SULLA REALTÀ | p. | 2 |
| 1. La “ <i>realtà polverizzata</i> ”. Il diritto, come la fotografia, nell’accezione di un’interpretazione di “sistemazione” e “disgregazione” delle molteplici realtà | p. | 3 |
| 2. L’opera del Legislatore, come l’opera universale del poeta, quale ordine potenziale, quale sistema dinamico | p. | 8 |
| 3. La struttura organizzativo–normativa, come in teatro, “ <i>argine di possibile libertà di improvvisazione</i> ”, ovvero creazione..... | p. | 18 |
| 4. Il ruolo del giudice quale portatore del <i>Kairós</i> dell’antica Grecia, nella sintetica accezione spazio-temporale | p. | 29 |
| 5. Il soggetto e le sue molteplici esigenze, non oggetto di un’interpretazione, dunque d’uno sguardo appiattito | p. | 42 |

Capitolo Secondo

| | | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|----|
| ESISTERE PER IL DIRITTO | p. | 45 |
| 1. Il problema della soggettività giuridica nella storia dell’umanità: dal diritto naturale per l’uomo al diritto moderno contro l’uomo | p. | 46 |
| 2. Dal “ <i>pensiero unico</i> ” alla “ <i>post-histoire</i> ” | p. | 57 |
| 3. Salvatore Pugliatti quale anticipatore “ <i>inquieto</i> ” del post moderno nel diritto: “ <i>dal bagno di fattualità</i> ” alla “ <i>derridiana différence</i> ” | p. | 63 |
| 4. La Carta Costituzionale che sancisce il passaggio dal soggetto alla persona: l’altruità e il “ <i>diritto diseguale</i> ” | p. | 72 |
| 5. In funzione della persona, l’individuazione di un diritto complesso, molteplice dunque plurimo | p. | 78 |

Capitolo Terzo

| | | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|----|
| NOI DIVERSI GLI UNI DAGLI ALTRI (GLI STATUS), NOI MOLTEPLICI RISPETTO A NOI STESSI (LE NUOVE SOGGETTIVITÀ) | p. | 81 |
| 1. La soggettività giuridica che non disconosce il suo status antropologico | p. | 82 |
| 2. Il modello soggettivo dicotomico professionista - consumatore: nuove frontiere per lo status | p. | 92 |

| | | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|--------|
| 6. Risarcimento e <i>status</i> | p. | 99 |
| 4. <i>Status</i> di coniuge e danno esistenziale: lesione del diritto alla “serenità familiare” | p. | 103 |
| 5. <i>Status</i> di coniuge e sue discusse potenziali conseguenze positive (titolo di acquisto automatico della proprietà) e negative (titolo per la confisca dei beni) | p. | 107 |
| 6. <i>Status</i> di collaborante: soggettività strumentale | p. | 111 |
| 7. Obblighi dello Stato verso il collaborante: la promozione della sua potenziale rinnovata identità, tramite il percorso di 8risocializzazione | p. | 118 |
| 8. Il mutamento di sesso per una rinnovata identità intesa nella sua interezza | p. | 127 |
| CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE | | p. 139 |
| BIBLIOGRAFIA | | p. 144 |
| GIURISPRUDENZA | | p. 159 |