

TITOLO I

DELLE PERSONE FISICHE

Art. 1 Capacità giuridica

[1] La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita.

[2] I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita.

commento di Francesca Giardina

Sommario: 1. “Persone fisiche” e codice civile. -- 2. Persona, soggetto, uomo. -- 3. Capacità giuridica e soggettività. -- 4. La tutela del nascituro. -- 5. La nascita. -- 6. La fine della vita umana. -- 7. Significato della capacità giuridica. -- 8. Capacità giuridica e principi costituzionali. -- 9. Limitazioni della capacità giuridica: lo straniero.-- 10. La nozione di *status*. -- 11. L'attuale immagine dell'uomo: l'identità.

1. “Persone fisiche” e codice civile

La norma di apertura del codice civile nasce con l'intento di definire il momento di ingresso nel mondo del diritto di quelle che il Titolo I definisce “persone fisiche” e, a tal fine, usa uno strumento, la capacità giuridica, adottato come requisito necessario attribuito dall'ordinamento.

Questa scelta del legislatore del 1942 non appare, oggi, adeguata al suo compito. Molteplici sono i fattori che rendono tutta la disposizione normativa inadatta a rappresentare un adeguato quadro di sintesi della condizione dell'uomo per il diritto.

Inopportuno appare ormai costruire qualunque generale riflessione dedicata all'uomo sull'istituto della capacità giuridica. Insoddisfacente appare il riferimento al momento della nascita come evento iniziale della vita umana per il diritto. Del tutto riduttivo, infine, appare il dettato del secondo comma che subordina i diritti del concepito all'evento della nascita.

L'interprete che oggi intenda leggere e commentare l'art. 1 c.c. non può, quindi, muovere dai punti di riferimento che la disposizione normativa gli offre: è anzi indotto a prescindere se vuole effettivamente dare conto dell'attuale attenzione del diritto per la condizione umana.

I termini che più si sono prestati, in tempi recenti, ad aprire una trattazione relativa alle “persone fisiche” e che sono normalmente usati nella letteratura giuridica e nella giurisprudenza sono i grandi assenti nell’*incipit* del codice. Il riferimento alla “persona”, protagonista della disciplina, compare solo nell’art. 4 c.c., mentre manca completamente negli artt. 1 e 2 c.c., norme cruciali nelle intenzioni del legislatore del 1942. Ben diversamente, alla “persona umana” dedica attenzione la Carta costituzionale nell’enunciare i principi fondamentali, nucleo centrale di un rinnovato disegno, ispirato all’irrinunciabile rispetto della “personalità” dell’uomo¹.

Un altro termine è assente nel Titolo I del Libro I del codice civile: la nozione di soggetto di diritto. Da essa muove tuttavia, tradizionalmente, ogni insegnamento istituzionale del diritto privato che assume il soggetto come punto di riferimento essenziale di ogni articolazione del discorso giuridico, nozione cardine del sistema comunemente impiegata tanto in dottrina quanto in giurisprudenza². In assenza di ogni definizione normativa, si deve alla dottrina il raffinato sforzo di elaborazione concettuale che ha condotto alla definizione, ormai classica, di soggetto come centro unitario di imputazione di diritti e di obblighi o, più in generale, di situazioni giuridiche soggettive³. Il legame tra la condizione dell’uomo e la soggettività, apparentemente lineare, è tuttavia reso complesso dalla storia e dalle tradizioni ideologiche e culturali. La definizione di soggetto giuridico (nella sua purezza concettuale e per la sua vocazione ad essere valida per i più diversi ordinamenti e nei diversi momenti storici) chiarisce, infatti, che cosa significhi essere soggetto di diritto.

¹ Per un ampio quadro dei principi costituzionali legati alla persona umana v. PIZZORUSSO, *Delle persone fisiche*, in *Comm. Scialoja-Branca, Libro primo. Delle persone e della famiglia*, Bologna-Roma, 1988, sub art. 1-4, 1.

² La letteratura giuridica in tema di soggettività è, naturalmente, sterminata. Per un quadro dei riferimenti essenziali v. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939; VASSALLI, *Lineamenti del diritto delle persone nel nuovo codice civile*, Milano, 1939; DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1939; SANTORO PASSARELLI, *Lineamenti di diritto civile. Persone fisiche*, Padova, 1940; MAROI, *Libro I. Persone e famiglia*, in *Comm. D’Amelio*, Firenze, 1940; FERRARA F. sr., *Diritto delle persone e di famiglia*, Napoli, 1941; PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, I, Milano, 1943; GANGI, *Persone fisiche e persone giuridiche*, Milano, 1948; RESCIGNO, *Persona e comunità*, Bologna, 1966; PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Napoli, 1972; LIPARI (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Bari, 1974; BIANCA, *Diritto civile, I. La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1978; DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Tratt. Rescigno*, 2, I, Torino, 1982, 1 (2^a ed. Torino, 1999, 1); BESSONE, FERRANDO, *Persona fisica (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 193; BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile*, I, 1, Torino, 1987, 75; PIZZORUSSO, *Delle persone fisiche*, cit., 1; TAMBURRINO, *Le persone fisiche*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1990; BUSNELLI, *Il diritto delle persone*, in *I cinquant’anni del codice civile*, Atti del Convegno, Milano 4-6 giugno 1992, I, 1993, 99; C. M. MAZZONI, *Persona fisica*, in *Digesto civ.*, XIII, Torino, 1995, 379; ALPA, ANSALDO, *Le persone fisiche*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1996; DOGLIOTTI, FIGONE, *Le persone*, I, *Persone fisiche*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, *Tratt. Cendon*, Torino, 2000; OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 830; GIARDINA, *Le persone fisiche*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, I, 1, Milano, 2009, 251.

³ FALZEA, *op. cit.*, 70.

to nell'ordinamento, ma non quali siano (o siano destinati ad essere) i soggetti dell'ordinamento.

2. Persona, soggetto, uomo

A monte di ogni riflessione sulla condizione umana per il diritto – che deve accompagnare la lettura dell'art. 1 c.c. – è doveroso un chiarimento relativo all'uso dei termini che il linguaggio giuridico abitualmente accosta all'uomo.

La Costituzione ha nobilitato il termine “persona”, rendendolo preferibile rispetto al più astratto *nomen* di “soggetto”: alla “persona” sarebbe affidato il compito di “compensare” l'astrazione insita nel “soggetto”⁴, con l'esito di attribuire all'uomo i “ruoli” indispensabili al suo essere sociale. Ma anche la qualità di “persona” – nella sua potenziale valenza di “velo” o “maschera” – consuma un inevitabile distacco dall'essere umano, con il quale non coincide, ma del quale rappresenta il “personaggio” che agisce “sulla scena giuridica”⁵.

Se il “soggetto” è l'indistinto ed astratto centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive, formale punto di riferimento di effetti giuridici, la “persona” può rivelarsi non meno lontana dall'uomo, al punto che la stessa espressione “persona fisica” può rivelarsi “uno schermo tra diritto e ‘nuda’ realtà umana”⁶. Così carico del ruolo che riveste – quello di un tramite che trasporta la realtà dell'uomo nel “virtuale” universo del diritto – il concetto di persona può non essere abbandonato e mantenere la sua utilità nel linguaggio giuridico, a patto di rappresentare un “velo” che sia possibile sollevare, quando è necessario vedere l'uomo dietro la “maschera” che ne governa la soggettività⁷.

Oggi appare scontato affermare che l'uomo è il soggetto giuridico per eccellenza e che, in virtù del riconoscimento e della garanzia dei “diritti inviolabili” (art. 2 Cost.) e dell'affermazione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), l'attributo della soggettività spetta a tutti senza distinzioni. Si tratta di un'affermazione che, nella sua attuale apparente ovvietà, sembra avere un carattere di “naturalità” più che di “giuridicità”. La storia del pensiero giuridico ha realmente conosciuto – oltre all'opposta propensione a non concedere indistintamente la soggettività – la ten-

⁴ Può essere interessante notare, anche se solo incidentalmente, che i termini “soggetto” e “persona” vengono contrapposti con diversi esiti. Se il secondo viene preferito al primo nella riflessione sulla persona fisica, il rapporto tende a invertirsi quando si guardi agli enti collettivi, dove la soggettività è considerata attributo più vicino alla “realtà” del fenomeno e, come tale, viene riconosciuta a enti non dotati di personalità giuridica: in quest'ambito, il termine “persona” (giuridica) evoca il dato formale del riconoscimento.

⁵ Si vedano le illuminanti riflessioni di ZATTI, *Di là dal velo della persona fisica. Realtà del corpo e diritti “dell'uomo”*, in *Il diritto civile tra principi e regole. Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, II, Milano, 2008, 121, in particolare 162. Il riferimento alla persona che, contrapposta al soggetto, ne compensa l'astrazione richiama le riflessioni – con le quali l'A. si confronta – di RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, 37-38.

⁶ Così ZATTI, *op. ult. cit.*, 163.

⁷ ZATTI, *op. ult. cit.*, 166.

denza a considerare l'intangibile soggettività dell'uomo come riflesso di regole di diritto naturale. Ma, nel presente, la "naturale" attribuzione della soggettività non propone un giusnaturalismo di ritorno; esprime, piuttosto, l'esigenza di superare l'astrattezza e la neutralità delle formule di definizione della soggettività giuridica, per giungere ad un più limpido riferimento ai valori umani. Mentre la nozione di soggetto resta strettamente legata all'esigenza, teorica e sistematica, di individuare un centro di imputazione di situazioni soggettive, e la nozione di persona consente "un governo ideologico della soggettività da parte del diritto positivo", solo la "nuda realtà" dell'uomo può rovesciare la prospettiva restituendogli un ruolo centrale nell'ordinamento⁸.

Per l'uomo l'attribuzione della qualità di soggetto di diritto è, dunque, conseguenza diretta della sua esistenza, senza possibilità di discriminazioni. L'eventualità di una discriminazione, inconcepibile in sede di attribuzione della soggettività, si ripropone, tuttavia, sul diverso piano creato dall'ulteriore attributo della capacità giuridica, intesa come attitudine del soggetto ad essere titolare di diritti e di obblighi o, più in generale, di situazioni giuridiche soggettive⁹.

Per il codice civile, che ha lungamente influenzato le tradizionali trattazioni della materia, nascita e morte costituiscono il momento iniziale ed il momento finale dell'esistenza umana e, dunque, dell'attribuzione della soggettività. "L'uomo è soggetto di diritti dalla nascita fino alla morte": con questa formula si apriva il progetto preliminare del Libro I. In sede di redazione del progetto definitivo, il riferimento alla morte fu eliminato perché ritenuto "puramente didascalico"¹⁰, mentre alla nascita fu riferito non più l'acquisto della soggettività – nozione che scompare dal linguaggio del legislatore del codice civile – bensì l'ulteriore attributo della capacità giuridica.

Sia la nascita che la morte hanno perso, oggi, il carattere di semplici e naturali accadimenti, ai quali il diritto può limitarsi a fare uno scontato e lineare rinvio.

3. Capacità giuridica e soggettività

Che l'uomo sia soggetto di diritti dal momento della nascita è oggi affermazione che non appare in sintonia con la recente legislazione speciale. In particolare, quando il legislatore tenta di inseguire l'evoluzione che accompagna le vicende umane, le tradizionali coordinate della soggettività denunciano tutta la loro inad-

⁸ ZATTI, *op. ult. cit.*, 166-167.

⁹ Sul significato della capacità giuridica v. STOLFI, *Capacità civile*, in *Nuovo Dig.*, II, Torino, 1937, 758; RESCIGNO, *Capacità giuridica (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, 873; FALZEA, *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 8; RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 209; ID., *Capacità giuridica*, in *Digesto civ.*, II, Torino, 1988, 218; STANZIONE, *Capacità I) Dir. priv.*, in *Enc. Giur.*, V, Roma, 1988; BUSNELLI, *Capacità in genere*, in *Lezioni di diritto civile*, Camerino 28 maggio-2 giugno 1990, Napoli, 1993, 87; ALPA, *Status e capacità*, Bari, 1993.

¹⁰ *Rel. prog. def.*, n. 21.

guatezza. Ancor più radicale è il distacco della nozione di capacità giuridica dalla reale condizione dell'uomo.

Esemplare è l'attuale considerazione prestata alla condizione del nascituro dalla l. 19 febbraio 2004, n. 40, che ha introdotto "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita" e che si apre con la chiara affermazione della soggettività del concepito: la legge "assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito" (art. 1). Si tratta di un'affermazione che contraddice nettamente la tradizionale impostazione, poiché colloca l'inizio della soggettività dell'uomo non più al momento della nascita, bensì all'inizio della vita prenatale.

Resta da chiedersi quanto senso abbia ormai, alla luce delle nuove tendenze, il collegamento della capacità giuridica al momento della nascita ad opera dell'art. 1 c. c. Poiché, indubbiamente, le opzioni interpretative sono due. O la capacità giuridica segue la nuova nozione di soggettività, e allora l'art. 1 c.c. appare svuotato di significato, se non eroso nella sua portata normativa. O la sola capacità giuridica resta collegata al momento della nascita, e con ciò si stacca dalla soggettività alla quale una lunga evoluzione interpretativa l'aveva accompagnata.

Il percorso che ha condotto il tradizionale impianto codicistico a confrontarsi con i principi costituzionali aveva, infatti, teso verso una tendenziale identificazione ed una sostanziale compresenza tra soggettività e capacità giuridica. Alla condizione dell'uomo la capacità giuridica aveva finito per essere collegata al pari della soggettività, con il risultato di un'artificiosa – secondo alcuni inutile, secondo altri non del tutto innocua – duplicazione degli attributi che l'ordinamento riferisce all'uomo a partire dal momento stesso in cui essa viene ad esistenza.

Ormai anche il nuovo dogma dell'equazione tra soggettività e capacità giuridica – nato non senza difficoltà, ma anche non senza merito, con finalità di realizzazione del principio di eguaglianza – conosce attualmente un rapido declino. Se la capacità giuridica è attribuito strettamente legato dal codice civile al momento della nascita, così come ancora detta l'art. 1 c.c., la soggettività si estende fino a comprendere la condizione del concepito, così come ora appare dalla l. n. 40/2004. La nuova dissociazione tra soggettività e capacità giuridica denuncia l'inadeguatezza della nozione codicistica di capacità giuridica ad esaurire la cerchia dei soggetti, cioè di coloro che appaiono meritevoli di protezione in relazione ai principi fondamentali dettati dalla Costituzione. Il sistema del codice civile ed i principi costituzionali – che si erano avvicinati nel percorso destinato a togliere alla capacità giuridica attitudine selettiva e discriminatoria – tornano a divaricarsi, in virtù della scelta legislativa di rivitalizzare il concetto astratto di soggettività ponendolo al servizio dell'uomo. In questo nuovo quadro non deve più preoccupare l'esistenza nel sistema "di soggetti non misurabili in termini di capacità giuridica, la cui nozione conseguentemente *si ridimensiona*"¹¹.

La nuova realtà normativa induce ad una riflessione sistematica di più ampio respiro. Essa ridimensiona, appunto, il sistema delle "persone fisiche" costruito dal Libro I del codice civile, restituendogli il suo segno originario di frutto "dello sta-

¹¹ BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 563.

tual-legalismo, che si esprime nel concetto-misura della capacità giuridica”. E mentre la “persona” del codice conserva “la struttura statica della fattispecie, idonea ad assimilare persone fisiche e persone giuridiche”, il nuovo soggetto – affrancato dall’angusto legame con la capacità giuridica – appare in grado di rappresentare la pienezza della condizione dell’uomo così come la descrive il disegno costituzionale¹².

4. La tutela del nascituro

All’apparente semplicità dell’impostazione tradizionale che vedeva nella nascita il momento di inizio di una nuova soggettività si contrappone, ormai, una notevole complessità di questioni che coinvolgono, in vario senso, l’esistenza umana¹³.

Per un verso, la rilevanza della vita prenatale impone di attribuire alla nascita un significato diverso da quello, formalisticamente riduttivo, che emerge dai due commi dell’art. 1 c.c.; per altro verso, l’evento della nascita non si presta ad essere ridotto all’antica, apparentemente semplice, definizione in termini di separazione del feto dal corpo materno.

Si è detto dell’importanza della l. n. 40/2004, che non si limita alla formale attribuzione della soggettività; e al dettato dell’art. 1 della legge non può fermarsi l’interprete, al quale è imposto di confrontarsi con la verifica delle effettive forme di tutela del concepito¹⁴. Il Capo III della l. n. 40/2004 – il cui titolo annuncia “Disposizioni concernenti la tutela del nascituro” – in realtà reca norme relative allo *status* dei nati a seguito dell’applicazione di tecniche di procreazione assistita; il Capo VI è invece effettivamente dedicato a predisporre “Misure a tutela dell’embrione”, attraverso una serie di divieti, il primo e più generale dei quali è enunciato all’art. 13, comma 1, con l’ampia formula che vieta “qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano”.

La l. n. 40/2004 è, d’altronde, l’esito di un lungo percorso del legislatore speciale, ispirato ad una sempre crescente attenzione per il nascituro. A partire dagli anni ’70, alla trama del codice civile si è sovrapposta una diversa considerazione della vita prenatale¹⁵: significative sono, in tal senso, le indicazioni che provengono

¹² BUSNELLI, *op. ult. cit.*, 562.

¹³ RESCIGNO, *Nascita (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1965, 11; SCARDULLA, *Nascita (dir. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, 520; FALZEA, *I fatti giuridici della vita materiale*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 473; OPPO, *L’inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 499; RESCIGNO, *Nascita*, in *Digesto civ.*, XII, Torino, 1995, 1; ZATTI, *I dilemmi della nascita*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, 1, 1998, 897.

¹⁴ BUSNELLI, *L’inizio della vita umana*, cit., 533; OPPO, *L’inizio della vita umana*, cit., 499.

¹⁵ RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, 624; SCARDULLA, *Nascituro (dir. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, 538; BUSNELLI, *Lo statuto del concepito*, in *Democr. e dir.*, 1988, 231; ZATTI, *Quale statuto per l’embrione?*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1990, 463; ID., *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 54; ID., *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. comm.*, 2001, II, 157; BUSNELLI, *Bioeti-*

da leggi speciali. La l. 29 luglio 1975, n. 405, istitutiva dei consultori familiari, fa esplicito riferimento alla tutela della salute del “prodotto del concepimento”, attribuendo al nascituro la garanzia del “fondamentale diritto dell’individuo” alla salute, sancita dall’art. 32 Cost. E la l. 22 maggio 1978, n. 194, sull’interruzione volontaria della gravidanza – preceduta dall’importante sentenza della Corte costituzionale n. 27 del 1975¹⁶ – afferma in apertura (art. 1, comma 1) il principio della tutela della vita umana “dal suo inizio”.

Si configura, così, un quadro normativo nel quale i diritti che la legge riconosce a favore del concepito *non* sono subordinati all’evento della nascita, diversamente da quanto prevede il secondo comma dell’art. 1 c.c..

A questa norma resta affidato il ruolo di una disposizione di rinvio ad ipotesi legate all’acquisto di diritti di natura patrimoniale: in altri termini, al nascituro – al quale è riconosciuta la categoria dell’“essere” – non si addice la categoria dell’“avere”, riservata al già nato. Quando, in una logica tutta interna al codice civile, il legislatore stabilisce che i “concepiti al tempo dell’apertura della successione” sono ammessi a succedere a causa di morte (art. 462, comma 1, c.c.), o che una donazione può essere fatta “anche a favore di chi è soltanto concepito” (art. 784, comma 1, c.c.), l’acquisto del diritto è subordinato e rinviato all’evento della nascita; se questa non si verifica le attribuzioni si considerano come non avvenute. L’eventualità di un acquisto di diritti di natura patrimoniale comporta che anche i figli nascituri siano rappresentati in tutti gli atti civili dai genitori che hanno anche il compito di amministrarne i beni (art. 320, comma 1, e art. 643, comma 2, c.c.)¹⁷.

A questo scopo, e in questa logica, deve essere intesa quella che solo indirettamente può essere considerata una tutela di natura personale del nascituro da parte del legislatore del 1942. Anche prima della nascita, e dopo il concepimento, il figlio naturale può essere riconosciuto, sia congiuntamente che separatamente, dai genitori (art. 254, comma 1, c.c.), che assumono immediatamente tutti gli obblighi e tutti i diritti che derivano dal riconoscimento (art. 261 c.c.). Si tratta di una disposizione che si lega strettamente alla disparità di trattamento che ancora sussiste tra figli legittimi e naturali in ordine all’acquisto del relativo *status*. L’automatismo che consente l’acquisto dello *status* di figlio legittimo senza necessità di alcuna manifestazione di volontà da parte dei genitori rende ininfluenza la premorienza del padre legittimo. Diversamente accade in caso di premorienza del padre naturale:

ca e diritto privato. Frammenti di un dizionario, Torino, 2001, 237; ID., *L’inizio della vita umana*, cit., 533.

¹⁶ C. Cost., 18 febbraio 1975, n.27, in *Foro it.*, 1975, I, 515.

¹⁷ Diversa *ratio* hanno le norme che consentono di disporre per testamento (art. 462, comma 3, c.c.) e per donazione (art. 784, comma 1, c.c.) anche a favore di chi non sia stato ancora concepito, purché figlio di una determinata persona vivente al tempo, rispettivamente, dell’apertura della successione e della donazione: non si tratta di un’anticipazione condizionata della capacità di ricevere (per testamento e per donazione), ma solo del riconoscimento della facoltà del testatore o del donante di porre su determinati beni un vincolo di destinazione a favore di eventuali soggetti futuri. In tal caso la rappresentanza del nascituro, per la tutela dei suoi diritti successori, spetta alla persona indicata come genitore del non ancora concepito (art. 643, comma 1, c.c.).

senza un riconoscimento prenatale, il nato può acquistare lo *status* di figlio naturale solo esercitando l'azione diretta alla dichiarazione giudiziale della paternità naturale nei confronti degli eredi del presunto genitore (art. 276, comma 1, c.c.).

L'affermazione di un principio normativo di tutela della salute e della vita del nascituro propone problemi di varia natura, nuovi e meno nuovi. Non nuovo – risale agli anni '50¹⁸ – ma sempre attuale, è il problema della tutela della salute del nascituro per i danni subiti prima della nascita o all'atto stesso della procreazione (malattie ereditarie o trasmesse in gravidanza). Non nuovi, ma sempre attuali, sono i problemi che si legano alla rilevanza da attribuire alla condizione del nascituro nell'ambito della normativa che consente l'interruzione della gravidanza¹⁹.

5. La nascita

Anche l'evento della nascita richiede qualche riflessione. La semplicità di definizione e di accertamento dell'evento è, infatti, solo apparente.

Per tradizione, l'ordinamento si limita ad una formale individuazione del fenomeno, che viene accompagnato da un articolato e minuzioso sistema di accertamento e di pubblicità. L'art. 30 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (che ha riformato l'ordinamento dello stato civile, sostituendo il previgente r.d. 9 luglio 1939, n. 1238), prevede che la dichiarazione di nascita venga resa – da uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dall'ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto (comma 1) – all'ufficiale di stato civile entro dieci giorni dalla nascita o, in alternativa, entro tre giorni presso la direzione sanitaria dell'ospedale o della casa di cura in cui è avvenuta la nascita; in tale ultimo caso la dichiarazione può contenere il riconoscimento contestuale di un figlio naturale

¹⁸ V. T. Piacenza, 31 luglio 1950, in *Foro it.*, 1951, I, 987 e, sul punto, le riflessioni di RESCIGNO, *op. ult. cit.*, 618.

¹⁹ Relativamente nuovi sono, inoltre, i problemi che si legano alla tutela dell'embrione nell'uso delle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Spicca, tra gli altri, il divieto di diagnosi preimpianto dell'embrione, desumibile dalla disposizione dell'art. 13 l. 40/2004 e dalle indicazioni contenute nelle relative linee guida (emanate dal Ministero della Salute con d.m. 21 luglio 2004, in attuazione dell'art. 7, comma 1, della legge), secondo le quali ogni indagine sullo stato di salute degli embrioni creati *in vitro* doveva essere di tipo esclusivamente "osservazionale". Il Tribunale di Cagliari, con ordinanza 16 luglio 2005 (in *Foro it.*, 2005, I, 2877), ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 l. 40/2004: la Corte costituzionale, con ordinanza 24 ottobre 2006, n. 360 (in *Foro it.*, 2007, I, 689), ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione, lasciando completamente aperto il problema. A seguito della vicenda, oltre che di una – peraltro non univoca – giurisprudenza del TAR del Lazio, il Ministero della Salute ha introdotto, con d.m. 11 aprile 2008, nuove linee guida, eliminando in particolare il riferimento alla natura esclusivamente "osservazionale" delle indagini relative allo stato di salute degli embrioni. Da ultimo – questa volta accogliendo i rilievi di incostituzionalità di alcune norme di grande rilievo pratico e sistematico della legge – la Corte costituzionale è intervenuta con sentenza 1° aprile 2009, n. 151, in *Foro it.*, 2009, 2031, e in *Nuova giur. comm.*, I, 2009, 1135, con commento di FERRANDO, *Fecondazione in vitro e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte Costituzionale*, II, 521.

(comma 4). La dichiarazione di nascita è corredata da una attestazione di avvenuta nascita che normalmente contiene – oltre all’indicazione del comune, dell’ospedale, della casa di cura o dell’altro luogo ove è avvenuta la nascita, del giorno e dell’ora della nascita e del sesso del bambino (comma 2) – le generalità della puerpera. Ma quest’ultima indicazione può mancare, qualora prevalga l’esigenza di rispettare l’eventuale volontà della madre di non essere nominata di cui al comma 1 dell’art. 30. Alla possibilità, per la madre, di mantenere l’anonimato ha, tuttavia, introdotto una deroga la l. n. 40/2004 che, all’art. 9, comma 2, ha espressamente stabilito che “la madre del nato a seguito dell’applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata”.

Sulla base della dichiarazione di nascita l’ufficiale di stato civile redige l’atto di nascita, nel quale sono indicati il luogo, l’anno, il mese, il giorno e l’ora della nascita, il sesso del bambino e il nome che gli viene attribuito. Devono altresì essere indicate le generalità, la cittadinanza, la residenza dei genitori legittimi ovvero delle persone che, ai sensi dell’art. 254 c.c., rendono – o hanno già reso nella dichiarazione di nascita effettuata presso la direzione sanitaria – la dichiarazione di riconoscimento di filiazione naturale, nonché delle persone che abbiano espresso con atto pubblico il proprio consenso ad essere nominate (art. 29).

La minuziosa disciplina appena descritta, peraltro, dà per scontato che l’evento della nascita si sia verificato e non interviene nella sua definizione. Come unico dato certo, sappiamo che è necessaria, “oltre alla nascita, la vita”²⁰, ma non la vitalità, cioè l’attitudine a sopravvivere dopo la nascita, requisito richiesto dal codice civile del 1865 (art. 724, n. 2) e soppresso dal codice civile del 1942, in quanto considerato non adeguato ai progressi della scienza medica, divenuta capace di mantenere in vita individui nati non vitali. In tal modo qualunque individuo nato vivo, anche se prematuro o non autonomamente vitale, acquista la capacità giuridica.

Ma la nozione di vitalità non è così chiara come l’insegnamento istituzionale tende a considerarla. E la vitalità è solo uno tra quelli che sono stati efficacemente definiti “i dilemmi della nascita”²¹.

Dalla dottrina più sensibile è stato rilevato come la nozione di vitalità possa essere legata a parametri diversi e come sia incerto il trattamento giuridico riservato al nato non vitale. Controversa, inoltre, è l’esistenza di una presunzione di vitalità, con conseguente incertezza in ordine alla distribuzione degli oneri probatori²².

Resta inoltre aperto il delicatissimo tema dell’assistenza neonatale, che evoca problemi di diversa natura, legati per un verso alla condizione di prematurità del neonato o alle patologie che lo affliggono, e per altro verso all’utilità e aggressività delle modalità di intervento terapeutico²³. Una tematica che, nell’evocare un terri-

²⁰ OPPO, *L’inizio della vita umana*, cit., 522.

²¹ Così ZATTI, nel saggio intitolato appunto *I dilemmi della nascita*, cit., 905.

²² ZATTI, *op. ult. cit.*, 906.

²³ Sul tema dei prematuri cfr. i contributi di FERRANDO, *Nascere per il diritto. Grandi prematuri e decisioni di inizio vita*, e di PARDINI, *Aspettativa di vita e dignità personale: il caso estremo dei prematuri*, entrambi in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, 2009, rispettivamente 582 e 593.

torio di “scelte estreme e spesso tragiche”²⁴, accosta per straordinaria affinità i dilemmi della nascita ai dilemmi di fine vita.

6. La fine della vita umana

Nel codice civile manca, in quanto ritenuto superfluo, il riferimento alla morte dell'uomo come momento finale di esistenza dell'uomo per il diritto²⁵. Manca anche, in quanto naturalmente destinata ad avvalersi delle nozioni della scienza medica, una definizione di morte. Non erano certo immaginabili, per il legislatore del 1942, i molti e delicati problemi di accertamento della morte che i progressi della scienza avrebbero in seguito proposto²⁶.

²⁴ ZATTI, *op. ult. cit.*, 897.

²⁵ La nozione di morte, che segna il momento finale dell'esistenza umana, coincide con la morte reale. E' scomparso da tempo l'istituto della c.d. morte civile – previsto in origine dal *code Napoléon* (art. 22 e 24) e abrogato già con una legge del 1854 – diretto a privare in vita la persona del godimento dei diritti civili e politici, in conseguenza di una condanna.

Non sempre la morte può essere accertata direttamente: al riguardo è possibile distinguere due ordini di ipotesi. Quando la morte appaia ragionevolmente certa, anche se non verificabile, è possibile un accertamento indiretto della morte. Diversa è l'ipotesi di incertezza circa l'esistenza in vita della persona, dovuta a una scomparsa (art. 48 c.c.) che perduri per dieci anni: in tal caso, preceduta o meno da una dichiarazione di assenza (art. 49 c.c.), può essere pronunciata con sentenza, su istanza degli interessati o del pubblico ministero, la morte presunta (art. 58 c.c.) che produce, in via non definitiva (nel caso in cui il presunto morto ritorni), effetti analoghi a quelli della morte reale.

²⁶ Si tratta di problemi che conducono verso la protezione di interessi ed esigenze in tendenziale conflitto. Per un verso, la sempre maggiore diffusione e la sempre maggiore capacità tecnica di realizzazione degli interventi di prelievo di parti di cadavere a scopo di trapianto terapeutico hanno imposto, accanto all'esigenza di certezza della morte, una diversa e contrapposta esigenza di tempestività di accertamento della morte. D'altro canto, i progressi delle tecniche di sopravvivenza “assistita” hanno reso non univoca la nozione stessa di morte reale. Il legislatore speciale ha inteso tenere conto delle diverse esigenze collegate all'accertamento della morte, introducendo – fin dal primo intervento normativo reso necessario dal silenzio del codice civile – due distinte modalità di accertamento della morte. Già nel 1975 due testi normativi avevano introdotto due regole sensibilmente diverse. Una prima regola (corrispondente al c.d. metodo tradizionale), prevista dal d.P.R. 21 ottobre 1975, n. 803 (“Regolamento di polizia mortuaria”), affidava al medico necroscopo (medico condotto o altro sanitario nominato dal sindaco) il compito di accertare la morte “non prima di quindici ore dal decesso”. Una seconda regola, che recepiva i metodi di accertamento precoce, era introdotta dalla l. 2 dicembre 1975, n. 644 per la “Disciplina dei prelievi di parti di cadavere a scopo di trapianto terapeutico”: l'accertamento della morte doveva essere effettuato “mediante il rilievo continuo dell'elettrocardiogramma protratto per non meno di venti minuti primi e l'accertamento di assenza di respirazione spontanea, dopo sospensione, per due minuti primi, di quella artificiale e di assenza di attività elettrica cerebrale, spontanea o provocata”. La netta riduzione dei tempi di accertamento della morte veniva compensata da garanzie di diversa natura, fondate sul criterio di “collegialità” dell'accertamento, affidato a tre medici, di cui uno esperto in cardiologia e uno in elettroencefalografia.

La materia è ora disciplinata dalla l. 29 dicembre 1993, n. 578, che reca “Norme per l'accertamento e la certificazione della morte” e che introduce, per la prima volta, una definizione della morte come “cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo”. Si tratta di una definizione convenzionale ed unitaria di morte alquanto imprecisa sotto il profilo medico (è noto, infatti, che nel

Il tradizionale impianto normativo che descrive la condizione dell'uomo per il diritto si limita a collegare alla morte l'estinzione del soggetto giuridico²⁷. Viene meno un centro unitario di imputazione di diritti e di obblighi e, più in generale, di situazioni giuridiche soggettive: si pone così il problema di regolare le situazioni soggettive di cui il defunto era titolare, che viene risolto dalla disciplina della successione a causa di morte (contenuta nel libro II del codice civile), che "si apre al momento della morte, nel luogo dell'ultimo domicilio del defunto" (art. 456 c.c.). Si parla, talvolta, di un prolungamento della personalità umana dopo la morte, ma si tratta di un'affermazione tanto suggestiva quanto equivoca: si scambia per una protezione postuma del defunto il rispetto, dopo la morte, di una volontà manifestata in vita. L'espressione più significativa di questo rispetto è rappresentata dall'efficacia attribuita alle manifestazioni di volontà contenute nel testamento, che l'art. 587, comma 1, c.c. definisce "atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse", ma che può contenere – anche o esclusivamente – disposizioni di carattere non patrimoniale (art. 587, comma 2, c.c.). L'ambito di quello che è stato definito il contenuto atipico del testamento²⁸ – per distinguerlo dal contenuto tipico, di natura patrimoniale – non è ristretto, come potrebbe desumersi dal tenore letterale della norma, alle sole disposizioni di carattere non patrimoniale che la legge espressamente consente di inserire in un atto di ultima volontà: in via interpretativa si ritie-

momento in cui viene diagnosticata la morte cerebrale non sempre ci si trova davanti alla cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo, dato che possono spesso permanere attivi alcuni riflessi o alcune funzioni, tra le quali la funzione endocrino-ipotalamica).

Alla definizione unitaria di morte si contrappone ancora, peraltro, un duplice metodo di accertamento. Il metodo tradizionale continua ad affidarsi all'accertamento empirico e richiede un periodo di osservazione di ventiquattro ore. Molto più rigorosa è la disciplina dei metodi di accertamento precoce che assume importanza nella materia dei prelievi e trapianti di organi e tessuti (l. 1° aprile 1999, n. 91). Viene, in particolare, differenziata dalla morte "per arresto cardiaco" – che si considera avvenuta quando l'arresto della respirazione e della circolazione si sia protratto per un periodo tale da produrre "la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo" – la morte di soggetti che abbiano subito lesioni cerebrali o siano sottoposti a rianimazione, per i quali è prevista una serie di accertamenti più complessi, legati all'impossibilità di constatare direttamente la perdita delle funzioni dell'encefalo. È interessante notare che il legislatore ha volutamente ommesso di regolare le modalità tecniche di accertamento, demandandone la definizione al più agile strumento del decreto ministeriale (d. m. 22 agosto 1994, n. 587), in modo da permettere un costante e tempestivo adeguamento delle regole ai progressi delle conoscenze scientifiche e terapeutiche.

Sulle scelte compiute dal legislatore del 1993 è stata chiamata a pronunciarsi la Corte costituzionale che (con sentenza 27 luglio 1995, 414, in *Giur. it.*, 1995, 32) ha confermato la legittimità del riferimento alla c.d. "morte cerebrale" come evento irreversibile al quale collegare la cessazione della vita.

Non oltre ventiquattro ore dalla morte, l'ufficiale di stato civile del luogo in cui questa è avvenuta (o, nel caso in cui tale luogo sia ignoto, del luogo in cui il cadavere è stato depresso) deve ricevere la "dichiarazione di morte" da uno dei congiunti o da una persona convivente con il defunto o da un loro delegato o, in mancanza, da persona informata del decesso (art. 72 d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396). A seguito della dichiarazione viene stilato l'atto di morte (art. 73).

²⁷ SGROI, *Morte (dir. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, 103; RESCIGNO, *La fine della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 634; ID., *Morte*, in *Digesto civ.*, XI, Torino, 1994, 458.

²⁸ GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954.

ne che la formula dell'art. 587, comma 2, c.c. non introduca un rinvio tassativo e che ammetta manifestazioni di volontà di natura non patrimoniale diverse da quelle indicate dalla legge come possibile contenuto del testamento.

In realtà, i problemi che accompagnano la fine della vita umana sono assai più complessi di quelli che questo breve quadro riassuntivo lascia immaginare. In questa sede è possibile solo un cenno, meramente evocativo, alle questioni di maggiore rilievo.

Un primo aspetto riguarda le tecniche di protrazione artificiale della vita ed il correlativo problema della scelta della loro eventuale interruzione. È stato sottolineato in più sedi che, “a causa del progresso tecnico-medico, il morire tende a non essere percepito come un processo naturale, ma come una conseguenza di decisioni umane che hanno per contenuto il porre fine o il rinunciare a misure mediche di prolungamento della vita”²⁹. E se il rifiuto di una terapia non è un atto di rinuncia alla vita, ma una semplice accettazione della condizione umana, non può essere negata la possibilità di ricondurre la morte alla sua dimensione naturale. Già in tempi meno recenti, d'altronde, si era osservato come non sia difficile rinvenire caso per caso una causa di giustificazione a favore del medico che opti per l'interruzione delle tecniche rianimatorie, anche perché le esigenze di rispetto della vita appaiono come “affievolite” in assenza della capacità di vita autonoma³⁰.

Al tema si intreccia indissolubilmente la questione relativa alla manifestazione di un consenso pienamente consapevole. Se questa è possibile, l'accettazione della propria condizione, con eventuale interruzione delle terapie, spetta all'interessato. Assai più ardua è la soluzione dei casi che riguardano soggetti incapaci o non più capaci di manifestare un consenso. Per queste ipotesi decisivo potrebbe essere il ruolo della dichiarazione anticipata di trattamento (comunemente detta anche testamento biologico), atto con il quale l'autore decide preventivamente della propria sorte per il tempo in cui non avrà la capacità di scegliere consapevolmente il proprio destino: si tratta di manifestazioni di volontà destinate a regolare, ora per allora, i trattamenti sanitari voluti o esclusi in caso di malattie allo stato terminale o tali da privare il paziente della capacità di decidere (in questi termini si è espresso il Comitato Nazionale per la Bioetica nel parere del 18 dicembre 2003, dedicato alle “Dichiarazioni anticipate di trattamento”). In assenza di un'espressa regolamentazione della materia³¹, la questione deve essere risolta sulla base dei principi genera-

²⁹ Così si legge nella relazione che accompagna la legge tedesca sulle Disposizioni del paziente (*Patientenverfügung*), entrata in vigore il 1° settembre 2009, sulla quale v. le osservazioni di ZATTI, *Dignità del morire*, testo di una relazione tenuta all'Accademia dei Lincei (convegno su *Testamento biologico e libertà di coscienza*) il 12 aprile 2012, al momento inedita. Dello stesso A. v. già *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *Nuova giur. comm.*, 2007, II, 1, e, da ultimo, “*Parole tra noi così diverse*”. Per una ecologia del rapporto terapeutico, ivi, 2012, 143.

³⁰ RESCIGNO, *La fine della vita umana*, cit., 634.

³¹ Non sono mancate proposte di legge in materia, mai concretizzate in Parlamento, fino al “Disegno di legge in materia di alleanza terapeutica, consenso informato e dichiarazioni anticipate di trattamento”, frutto della volontà della maggioranza parlamentare, sottoposto più volte all'esame delle Camere e ogni volta in occasione di “convenienze politiche del tutto estranee al problema” (così ZATTI,

li³². In particolare, l'art. 32, 2° comma, Cost. afferma che “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”: “il rispetto della persona umana”, come valore che non può “in nessun caso” essere violato, costituisce tuttavia un limite invalicabile per il legislatore e al tempo stesso, sotto forma di rispetto della dignità, il possibile fondamento di scelte individuali dirette ad esprimere la libertà di autodeterminazione. Nella stessa direzione si muove anche la Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 (“Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina”, della quale è stata autorizzata la ratifica con l. 28 marzo 2001, n. 145).

Si tratta di principi che, se per un verso legittimano le dichiarazioni anticipate di trattamento, per altro verso si impongono anche quando una dichiarazione manchi, ma sia comunque possibile ricostruire le volontà pregresse dell'interessato, valorizzando preferenze, credenze, convinzioni, che concorrono a definirne l'identità³³.

7. Significato della capacità giuridica

Il ridimensionamento del ruolo della capacità giuridica appare una via obbligata nella ricostruzione di un profilo della condizione umana adeguato a rappresentarne

Le «disposizioni del paziente»: ci vorrebbe un legislatore, in *Nuova giur. comm.*, 2009, II, 314). In effetti si tratta di una normativa, per più versi inadeguata alla materia, che appare più che altro motivata dall'intento di limitare l'opera di applicazione dei principi svolta dalla giurisprudenza: sul punto v. le osservazioni di ROMBOLI, *Il caso Englaro: la Costituzione come fonte immediatamente applicabile dal giudice*, in *Quaderni cost.*, 2009, 92.

³² Un tentativo di dare “cittadinanza nel nostro ordinamento” alle direttive anticipate di trattamento (così SESTA, *Quali strumenti per attuare le direttive anticipate?*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Fondazione Umberto Veronesi – Il sole 24 Ore, Milano 2006, 163) si deve alla giurisprudenza che ha fatto ricorso, a tal fine, all'istituto dell'amministrazione di sostegno e alla possibilità, offerta all'interessato dall'art. 408, comma 1, c.c., di designare l'amministratore in via preventiva, in vista “della propria eventuale futura incapacità”. In tal senso si esprime – accogliendo una designazione “complessa”, accompagnata da una serie di indicazioni dirette a garantire il rispetto delle volontà del beneficiario in ambito sanitario – l'ormai noto decreto del T. Modena, 13 maggio 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 2692, con nota di BONACCORSI, *Amministrazione di sostegno e disposizioni di fine vita*.

³³ Sul tema deve naturalmente essere ricordato l'importante intervento della Corte di cassazione sul caso, noto alla cronaca, di Eluana Englaro (Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2008, I, 2609, con nota di CACACE, e in *Danno e resp.*, 2008, 421, con note di BONACCORSI, *Rifiuto delle cure mediche e incapacità del paziente: la Cassazione e il caso Englaro*, e di GUERRA, *Rifiuto dell'alimentazione artificiale e volontà del paziente in stato vegetativo permanente*). Per i giudizi della Suprema Corte, “pur a fronte dell'attuale carenza di una specifica disciplina legislativa, il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela ed impone al giudice una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali”. Su questi temi cfr. PALMERINI, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 363; nonché ANZANI, *Consenso ai trattamenti medici e “scelte di fine vita”*, in *Danno e resp.*, 2008, 957; ID., *Capacità di agire e interessi della personalità*, in *Nuova giur. comm.*, 2009, II, 509.

la moderna complessità. Tanto più quando si rifletta sulle origini dell'istituto e sul significato del suo ingresso nel codice civile del 1942.

Come si è già accennato, l'istituto della capacità giuridica compare solo nella redazione definitiva dell'art. 1 c.c.: il progetto preliminare del Libro I si apriva con una diversa formula ("L'uomo è soggetto di diritti dalla nascita fino alla morte") che stabiliva un collegamento più immediato tra immagine reale e immagine normativa dell'uomo. Dal testo definitivo dell'art. 1 c.c. il riferimento all'uomo e alla soggettività scompare totalmente, per far posto alla nozione di capacità giuridica ereditata dall'esperienza giuridica tedesca. La capacità giuridica – come "qualità" che si aggiunge alla soggettività per attribuire all'uomo l'idoneità a essere titolare di diritti – è, infatti, sconosciuta al *Code Napoléon* e al pensiero giusnaturalista e costituisce un'eredità strettamente legata all'influsso delle teorie normative. La duplicazione di attributi legati dal diritto alla condizione umana (soggettività e capacità giuridica) svela, così, attraverso le sue origini storiche, la sua reale funzione: attribuire al diritto positivo il potere di intervenire sulla "naturale" realtà dell'uomo, senza negare l'attribuzione indiscriminata della soggettività, ma utilizzando uno strumento diverso, di più raffinata elaborazione concettuale, che conserva all'ordinamento un ruolo decisivo nel "concedere" all'uomo l'attitudine alla titolarità di diritti e di obblighi. Nonostante l'apparente veste di "purezza" concettuale, l'istituto della capacità giuridica rappresenta un raffinato strumento di possibile selezione dei soggetti di diritto, "una strettoia" alla loro piena protezione, "un limite potenziale all'espandersi di un armonioso disegno della condizione giuridica dell'uomo"³⁴.

In una visione della soggettività che si completa e si arricchisce del godimento dei diritti civili e politici solo grazie alla capacità giuridica, non può sorprendere che quest'ultima abbia rappresentato un forte strumento di discriminazione. E non può essere dimenticato che l'art. 1 c.c. conteneva in origine un terzo e ultimo comma, abrogato nel 1944 – con r.d.l. 20 gennaio 1944, n. 5 e d. lgs. lt. 14 settembre 1944, n. 287 – che prevedeva possibili limitazioni alla capacità giuridica derivanti dalla "appartenenza a determinate razze".

8. Capacità giuridica e principi costituzionali

Le potenzialità selettive dell'istituto della capacità giuridica sulla condizione umana, così come si configurano – apparentemente intatte nell'assetto normativo del codice civile – sono tuttavia cancellate dal necessario coordinamento sistematico tra disposizioni codicistiche e principi costituzionali. L'idea di possibili limitazioni alla capacità giuridica è, infatti, totalmente esclusa dal quadro delle norme che disegnano il profilo costituzionale della persona umana. L'art. 22 Cost. afferma esplicitamente che "Nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome", ponendo un chiaro ed inequivocabile di-

³⁴ BUSNELLI, *Capacità in genere*, cit., 89.

vieto all'uso della capacità giuridica in funzione discriminatoria. In termini ancora più ampi e generali è formulata inoltre, nel quadro dei principi fondamentali dell'ordinamento, la garanzia del principio di eguaglianza sancito dall'art. 3, comma 1, Cost., secondo il quale "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali". Il principio di eguaglianza è dettato in modo da evocare, rimuovendoli, tutti i fattori di discriminazione legati all'esperienza giuridica del passato.

Si è visto come l'art. 1 c.c. contenesse un terzo comma che consentiva limitazioni alla capacità giuridica in funzione della razza – limitazioni che furono effettivamente introdotte per gli appartenenti alla razza ebraica con un r.d.l. del 1938, destinato ad emanare "Provvedimenti per la difesa della razza italiana" – e come tutte queste disposizioni siano state in seguito abrogate.

La condizione della donna è stata a lungo causa di discriminazioni, soprattutto nell'ambito del diritto di famiglia e del diritto del lavoro³⁵. Una delle finalità fondamentali della legge di riforma del diritto della famiglia (l. 19 maggio 1975, n. 151) è stata la realizzazione di una piena ed effettiva parità tra marito e moglie nella vita familiare, raggiunta grazie alla scomparsa delle prerogative tradizionalmente riservate all'uomo (tipica era, in tal senso, la potestà maritale) che potevano comportare limitazioni alla capacità giuridica della donna.

Le discriminazioni della donna nel diritto del lavoro – ingiustificate sulla base dell'art. 37 Cost., per il quale "La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore"³⁶ – sono state superate con l'ormai storica legge sulla "Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro" (l. 9 dicembre 1977, n. 903)³⁷. In seguito, il principio di parità tra uomo e donna è stato riaffermato più volte: da una convenzione internazionale del 1979 (ratificata dall'Italia con l. 14 marzo 1985, n. 132) dedicata espressamente alla "Eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne" e da altri interventi del legislatore speciale, tra i quali deve essere ricordata soprattutto l'importante l. 10 aprile 1991, n. 125 che ha predisposto "Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro"³⁸.

³⁵ Per un quadro di sintesi, in prospettiva storica, v. GALOPPINI, *Il lungo viaggio verso la parità*, Bologna, 1980; sul lavoro femminile BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Bologna, 1979.

³⁶ Sull'art. 37 Cost. cfr. il commento di TREU, in *Comm. Cost. Branca, Rapporti economici*, I, Art. 35-40, Bologna-Roma, 1979, 146, e già, dello stesso A., *Lavoro femminile e principio di eguaglianza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1977, 1. In seguito cfr. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1981.

³⁷ Cfr. TREU (a cura di), *Commentario alla l. 9 dicembre 1977, n. 903. Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*, in *Leggi civ. comm.*, 1978, 786.

³⁸ Cfr. TREU, *La legge sulle azioni positive: prime riflessioni*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, 108; TREU, BALLESTRERO (a cura di), *Commentario alla l. 10 aprile 1991, n. 125. Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*, in *Leggi civ. comm.*, 1994, 1.

Al primo comma dell'art. 51 Cost. – “Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge” – la l. Cost. 30 maggio 2003, n. 1 ha aggiunto un periodo conclusivo: “A tal fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini”.

Numerosi e significativi i contributi in sede comunitaria: la Direttiva 2002/73/CE, sulla parità di trattamento tra uomini e donne, con riguardo all'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e alle condizioni di lavoro (che ha ricevuto attuazione con d.lgs. 30 maggio 2005, n. 145), la Direttiva 2004/113/CE, sulla parità di trattamento tra uomini e donne nell'accesso a beni, servizi e loro fornitura (che ha ricevuto attuazione con d.lgs. 6 novembre 2007, n. 196), la Direttiva 2006/54/CE, relativa all'attuazione del principio della pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e di impiego. Di recente, con l'intento di razionalizzare il quadro legislativo in materia di pari opportunità tra uomo e donna, è stato emanato il d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, “Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'articolo 6 della l. 28 novembre 2005, n. 246”, testo che raccoglie una serie di disposizioni prima disperse in vari provvedimenti normativi.

Quanto alle opinioni politiche, l'art. 22 della Costituzione precisa che “Nessuno può essere privato, per motivi politici della capacità giuridica”; e per la religione l'art. 19 stabilisce che “Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa”.

Condizione personale cui venivano ricollegate limitazioni alla capacità giuridica era, in passato, la salute mentale: il T.U. delle leggi per la disciplina dell'elettorato attivo (d.P.R. 20 marzo 1967, n. 223, tuttora vigente) prevedeva la sospensione del diritto di voto per i ricoverati in ospedali psichiatrici e altre leggi speciali precludevano l'esercizio di impieghi e professioni ai soggetti esclusi dall'elettorato attivo. La l. 13 maggio 1978, n. 180 (“stralcio” della riforma sanitaria varata nello stesso anno con la l. 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del servizio sanitario nazionale) ha abrogato – espressamente o indirettamente – tutte queste disposizioni.

Non costituiscono – come talvolta si afferma – ipotesi di incapacità giuridica, ma di incapacità legale di agire, i casi in cui l'età non consente al soggetto il compimento di determinati atti personalissimi (come il matrimonio, il riconoscimento di un figlio naturale, il testamento) che, per loro natura, non possono essere compiuti da un soggetto diverso dall'interessato. Non rappresentano ipotesi di incapacità giuridica speciale neanche i casi di incompatibilità della particolare situazione del soggetto con la natura dell'attività da svolgere (art. 350 c.c.: c.d. incapacità all'ufficio tutelare) o con la provenienza delle attribuzioni a suo favore (c.d. incapacità del tutore di ricevere per testamento dalla persona sottoposta a tutela: art. 596 c.c.; v. anche le c.d. incapacità degli altri soggetti indicati dagli artt. 597-598 c.c.).

Nel diritto del lavoro viene definita capacità giuridica la capacità di prestare lavoro, per distinguerla dalla capacità di agire, da intendersi come capacità di stipula-

re il relativo contratto; tuttavia, poiché non di capacità giuridica in senso proprio si tratta, il tema trova la sua sede naturale nell'ambito della disciplina della capacità di agire (art. 2 c.c.)³⁹.

9. Limitazioni della capacità giuridica: lo straniero

Al trattamento dello straniero nel nostro ordinamento viene tradizionalmente ricollegata l'unica ipotesi di limitazione della capacità giuridica: secondo l'art. 16 delle disposizioni preliminari al codice civile "Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità", cioè a condizione che altrettanto faccia (e negli stessi termini in cui lo fa) lo Stato di appartenenza nei confronti del cittadino italiano. Si tratta di una norma – di chiaro ripudio della tradizione liberale del codice del 1865 da parte del legislatore del 1942⁴⁰ – oggetto di contrastanti letture. Si è persino dubitato della sua legittimità costituzionale non solo in relazione all'art. 10, comma 2, Cost., per il quale "La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali", ma anche e soprattutto alla stregua degli art. 2 e 3 Cost. Gli interpreti più sensibili, peraltro, hanno da tempo sottolineato che il riferimento ai "diritti civili", contenuto nell'art. 16 disp. prel., deve essere inteso in senso restrittivo, dunque non comprensivo di tutti i diritti che spettano ai cittadini italiani, ma solo, secondo la tradizione codicistica, dei diritti che nascono da rapporti di diritto privato⁴¹.

Formalmente l'art. 16 disp. prel. non si pone in contrasto con l'art. 3 Cost. – che riferisce espressamente ai cittadini l'operatività del principio di eguaglianza – ma deve indubbiamente essere coordinato con l'art. 2 Cost., che non fa e non ammette distinzioni nel riconoscere e garantire "i diritti inviolabili dell'uomo". Si profila così un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 16 disp. prel., del quale è stata, di recente, sancita definitivamente l'applicabilità ai soli diritti non fondamentali: in particolare, la Suprema Corte ha costruito su questa base "un vero e proprio statuto della tutela risarcitoria dello straniero", con specifica attenzione al danno non patrimoniale⁴².

L'esigenza di far fronte ai recenti fenomeni di immigrazione⁴³ ha sovrapposto al dettato dell'art. 16 disp. prel. una ricca legislazione speciale che sembra confermare un'interpretazione restrittiva dell'art. 16 disp. prel. Devono, in particolare, essere ricordati la l. 6 marzo 1998, n. 40 e, in seguito, il d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, che costituisce il Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e delle norme sulla condizione dello straniero. Il Testo Unico

³⁹ Si rinvia, dunque, al commento dell'art. 2 c.c.

⁴⁰ RESCIGNO, *Capacità giuridica*, cit., 219.

⁴¹ RESCIGNO, *op. ult. cit.*, 219.

⁴² Cass., 11 gennaio 2011, n. 450, in *Danno e resp.*, 2011, 1025, e, ivi, 1030, *Il commento di GREMIGNI FRANCINI*, dal quale è tratta la citazione nel testo.

⁴³ Per un quadro d'insieme cfr. MOROZZO DELLA ROCCA, *Immigrazione. Diritto e giurisprudizione*, Torino, 2005.

del 1998 ha subito in seguito varie modificazioni: dapprima con i d.lgs. 19 ottobre 1998, n. 38 e 13 aprile 1999, n. 113, poi con l. 30 luglio 2002, n. 189 (c.d. legge Bossi-Fini) e con d.l. 14 settembre 2004, n. 241, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, l. 12 novembre 2004, n. 271 e, in seguito, con d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito in l. 24 luglio 2008, n. 125 (che fa parte del c.d. "pacchetto sicurezza"). Da ultimo, sulla condizione dello straniero è intervenuta la l. 15 luglio 2009, n. 94, che reca "Disposizioni in materia di sicurezza".

In questo complesso quadro normativo, la condizione dello straniero si presenta non uniforme. Un regolare permesso di soggiorno sembra costituire l'elemento di discriminazione che differenzia nettamente il trattamento riservato allo straniero che ne sia o meno provvisto: mentre è pieno il riconoscimento dei diritti e delle tutele per chi sia regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato, ben diversa è la condizione dello straniero sprovvisto del permesso di soggiorno. A norma dell'art. 2 del d.lgs. n. 286/1998 (che i numerosi interventi del legislatore non hanno toccato) sono, infatti, garantiti solo agli stranieri che abbiano un regolare permesso di soggiorno nello Stato il godimento "dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano" (comma 2), la "parità di trattamento e la piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani" (comma 3), la partecipazione "alla vita pubblica locale" (comma 4), la "parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi" (comma 5)⁴⁴.

Ma non può essere certamente considerato secondario – anzi, impone all'interprete un'adeguata considerazione – il comma che apre l'art. 2 del Testo Unico, che non fa distinzione alcuna – anzi, ne esclude la liceità in termini generali – tra stranieri dotati o meno di permesso di soggiorno: "allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana".

Deve, inoltre, essere ricordato l'art. 43 del Testo Unico dedicato alla "discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi": "costituisce discriminazione ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica" (comma 1). Segue (comma 2) la specifica indicazione di al-

⁴⁴ Può, per inciso, essere ricordato che l'art. 5, d.l. 23 maggio 2008, n. 92, come modificato in sede di conversione dalla l. 24 luglio 2008, n. 125, ha introdotto una nuova fattispecie delittuosa in materia di immigrazione clandestina: ai sensi del nuovo comma 5 bis dell'art. 12 del Testo Unico, "salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque a titolo oneroso, al fine di trarre ingiusto profitto, dà alloggio ad uno straniero, privo di titolo di soggiorno, in un immobile di cui abbia disponibilità, ovvero lo cede allo stesso, anche in locazione, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni". In materia cfr. LA MARCA, *Il nuovo reato di cui all'art. 12, comma 5 bis, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286. Implicazioni civilistiche e responsabilità del notaio*, in *Vita notarile*, 3, 2009, 1623.

cune condotte discriminatorie nei riguardi di una persona “soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità”⁴⁵.

In questo quadro di garanzia a qualunque straniero, senza distinzioni, dei diritti fondamentali, risultava palesemente illegittima la disposizione dell’art. 15 l. n. 94/2009, che aveva previsto l’integrazione dell’art. 116, comma 3, c.c.: allo straniero che intendesse contrarre matrimonio nello Stato veniva richiesto, oltre alla pubblicazione, “un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano”. La Corte costituzionale ha dichiarato la norma costituzionalmente illegittima, rilevando in particolare che gli ostacoli posti all’immigrazione clandestina, pur legittimi, non possono giungere a comprimere l’esercizio dei diritti fondamentali⁴⁶.

Lo straniero è certamente escluso dal godimento dei diritti politici in senso stretto, cioè dai diritti di elettorato attivo e passivo: secondo l’art. 48, comma 1, Cost., infatti, “Sono elettori tutti i cittadini, uomini e donne, che hanno raggiunto la maggiore età”. Si dubita se lo straniero sia escluso anche dal godimento dei diritti connessi ai diritti politici, quale, ad esempio, il diritto di appartenere a un partito politico, che l’art. 49 Cost. riferisce ai soli cittadini. Deve essere tuttavia ricordato che, secondo la migliore dottrina costituzionalista, non sempre la Costituzione, nell’attribuire un diritto ai cittadini, ha necessariamente voluto escludere gli stranieri dalla relativa previsione. Se l’esclusione appare intenzionale nell’art. 48 Cost., come pure nell’art. 52 Cost., che riferisce ai soli cittadini l’obbligo di prestare il servizio militare, in altri casi non può dirsi altrettanto: sono certamente riferibili anche agli stranieri, ad esempio, il diritto di riunione e di associazione (art. 17 e art. 18 Cost.).

Il godimento dei diritti politici dai quali lo straniero è escluso ha come punto di riferimento la particolare condizione di cittadino, per descrivere la quale si suole utilizzare la nozione di stato giuridico o *status*.

⁴⁵ Vengono in particolare menzionate le discriminazioni che provengano da “pubblico ufficiale”, dalla “persona incaricata di pubblico servizio” e dalla “persona esercente un servizio di pubblica necessità” “nell’esercizio delle sue funzioni”; da parte di chiunque “imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire beni o servizi offerti al pubblico”; “illegittimamente imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire l’accesso all’occupazione, all’alloggio, all’istruzione, alla formazione e ai servizi sociali e socio-assistenziali allo straniero regolarmente soggiornante in Italia”; da parte di chiunque “impedisca, mediante azioni od omissioni, l’esercizio di un’attività economica legittimamente intrapresa da uno straniero regolarmente soggiornante in Italia”; da parte del “datore di lavoro” o dei “suoi preposti”.

⁴⁶ Se la volontà del legislatore, nel riformare l’art. 116 c.c., era quella di impedire i matrimoni di comodo, altri dovevano essere gli strumenti utilizzati, ad esempio quello previsto dall’art. 30, comma 1 *bis* d. lgs. n. 286/1998. Al contrario, “la previsione di una generale preclusione alla celebrazione delle nozze, allorché uno dei nubendi risulti uno straniero non regolarmente presente nel territorio dello Stato, rappresenta uno strumento non idoneo ad assicurare un ragionevole e proporzionato bilanciamento dei diversi interessi coinvolti” (C. Cost., 20 luglio 2011, n. 245, in *Foro it.*, 2012, I, 362).

10. La nozione di *status*

La nozione di *status* – che vale a qualificare i soggetti in funzione della loro appartenenza, tendenzialmente permanente, a determinate collettività o gruppi sociali – ha avuto spesso, in passato, significati discriminatori. Il diritto romano classico conosceva tre stati giuridici fondamentali: lo *status libertatis*, che distingueva gli uomini liberi dagli schiavi, lo *status civitatis*, che distingueva i cittadini romani dai c.d. *peregrini*, lo *status familiae*, che distingueva la condizione di *pater familias* da quella delle persone a lui soggette. In seguito gli *status* andarono modificandosi e moltiplicandosi, raggiungendo la loro massima espressione nell'epoca del c.d. particolarismo giuridico della Francia prerivoluzionaria, caratterizzata dalla diversità di regole riferibili ai soggetti in ragione della loro appartenenza a determinate classi. Si devono alla rivoluzione francese e alla successiva codificazione napoleonica il superamento delle discriminazioni legate agli *status* e l'opera di unificazione del soggetto di diritto, mossa da intenti di realizzazione del principio di eguaglianza, ma anche di razionalizzazione e semplificazione del sistema. A quest'opera di unificazione sono sopravvissuti, come uniche forme di appartenenza a particolari collettività in grado di creare legittime differenze tra i soggetti, lo stato di cittadino e gli stati familiari⁴⁷.

La disciplina dei modi in cui si acquista lo stato di cittadino italiano è contenuta in una legge speciale, l. 5 febbraio 1992, n. 91, che ha riordinato la materia, sostituendo il complesso quadro normativo in precedenza creato dall'originaria l. 13 giugno 1912, n. 555, e da successivi interventi legislativi di non sempre facile coordinamento con la disciplina di base. La l. n. 91/1992 deve peraltro essere integrata con le disposizioni contenute nel d.P.R. 18 aprile 1994, n. 362, che introducono un regolamento diretto alla semplificazione dei procedimenti di acquisto della cittadinanza italiana. Lo stato di cittadino italiano si acquista per nascita (*ius sanguinis*), se si è figli di padre o di madre cittadina, indipendentemente dal luogo di nascita (art. 1, primo comma, lett. a, l. n. 91/1992)⁴⁸. In casi particolari si può ac-

⁴⁷ Per gli stati familiari, la sede opportuna è il commento alle norme del codice civile dedicate al diritto della famiglia. Deve anche essere segnalato che si suole invocare la nozione di *status* in senso tecnicamente meno rigoroso, per descrivere, in sintesi, particolari posizioni che implicano l'applicazione di regole specifiche (in tal senso si suole parlare, ad esempio, di *status* di consumatore, oppure di *status* di parlamentare o di diplomatico). Si tratta, in realtà, di condizioni che implicano l'applicazione di regole speciali, di favore o di privilegio, più che di regimi che denotano l'appartenenza del singolo a determinate comunità.

⁴⁸ Disposizioni particolari riguardano l'acquisto della cittadinanza da parte di un figlio naturale dopo la nascita, in virtù di un riconoscimento o di una dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale (art. 2). La cittadinanza italiana si acquista anche per adozione da parte di un cittadino italiano (art. 3, comma 1) e per matrimonio con un cittadino o una cittadina italiani: in quest'ultimo caso solo dopo sei mesi di residenza in Italia o tre anni di matrimonio (art. 5). Esistono preclusioni all'acquisto della cittadinanza per matrimonio, legate a condanne penali o motivi inerenti alla sicurezza dello Stato (art. 6).

quistare lo stato di cittadino italiano anche in caso di nascita nel territorio della Repubblica (*ius soli*) (art. 1, primo comma, lett. b, comma 2)^{49 50}.

La cittadinanza italiana – al pari di quella di qualunque Stato membro dell’Unione europea – determina l’acquisto della cittadinanza dell’Unione. È quanto si desume dall’art. 17, primo comma, del Trattato istitutivo della Comunità europea che precisa: “La cittadinanza dell’Unione costituisce un completamento della cittadinanza nazionale e non sostituisce quest’ultima”.

11. L’attuale immagine dell’uomo: l’identità

⁴⁹ Il che può avvenire “se entrambi i genitori sono ignoti o apolide, ovvero se il figlio non segue la cittadinanza dei genitori secondo la legge dello Stato al quale questi appartengono” (art. 1, comma 1, lett. b). Viene inoltre “considerato cittadino per nascita il figlio di ignoti trovato nel territorio della Repubblica, se non venga provato il possesso di altra cittadinanza” (art. 1, comma 2).

A proposito dell’acquisto della cittadinanza per nascita nel territorio italiano (*ius soli*), deve essere segnalato l’auspicio – espresso da più parti e sfociato in più di un disegno di legge sottoposto all’esame del Parlamento – diretto a una riforma della materia, che tenga conto, in particolare, della condizione dei nati in Italia da genitori immigrati.

⁵⁰ La cittadinanza italiana può essere acquistata anche con una volontaria opzione da parte dello straniero nato in Italia che vi abbia risieduto senza interruzioni fino al raggiungimento della maggiore età (art. 4, comma 2) e da parte dello straniero o dell’apolide che abbia o abbia avuto ascendenti in linea retta cittadini per nascita (art. 4, comma 1). Il che può avvenire se lo straniero o apolide presta effettivo servizio militare per lo Stato italiano (art. 4, comma 1, lett. a), se assume un impiego pubblico alle dipendenze dello Stato (lett. b), se al raggiungimento della maggiore età risiede da almeno due anni nel territorio dello Stato (lett. c).

Accanto a queste ipotesi, sono previsti casi particolari di acquisto della cittadinanza per concessione con decreto del Presidente della Repubblica (art. 9). La concessione può avvenire a favore dello straniero che abbia ascendenti in linea retta cittadini per nascita o che sia nato nel territorio dello Stato e, in entrambi i casi, vi risieda da almeno tre anni (art. 9, comma 1, lett. a); dello straniero maggiorenne adottato da un cittadino italiano e che risieda nel territorio dello Stato per cinque anni dopo l’adozione (lett. b); dello straniero che abbia prestato servizio per almeno cinque anni alle dipendenze dello Stato, anche all’estero (lett. c); del cittadino di uno Stato membro della Comunità europea che risieda in Italia da almeno tre anni (lett. d); dell’apolide che vi risieda da almeno cinque anni (lett. e); dello straniero che vi risieda da almeno dieci anni (lett. f). La cittadinanza può essere concessa allo straniero anche “quando questi abbia reso eminenti servizi all’Italia, ovvero quando ricorra un eccezionale interesse dello Stato” (art. 9, comma 2).

La legge speciale disciplina anche i casi di perdita della cittadinanza (art. 2, comma 3, e art. 12) e di riacquisto della cittadinanza perduta (art. 13, comma 1, e art. 17) e prevede la possibilità di rinuncia alla cittadinanza italiana. La perdita è per lo più legata a condotte che appaiono contrarie all’interesse dello Stato (art. 12), ma è possibile anche in caso di revoca dell’adozione per fatto dell’adottato (art. 2, comma 3). In questo caso e nei casi più gravi di condotta contraria agli interessi dello Stato non è ammesso il riacquisto (art. 13, comma 2). La rinuncia può avvenire in casi molto diversi fra loro, tra le altre ipotesi: in caso di acquisto di una cittadinanza straniera (art. 11), da parte dell’adottato in caso di revoca dell’adozione (art. 3, comma 4), al raggiungimento della maggiore età quando la cittadinanza sia stata acquistata o riacquistata dai propri genitori (art. 14).

Chi cerca di afferrare l'immagine dell'uomo per il diritto non può più affidarsi all'istituto della capacità giuridica.

Il modello di riferimento che l'art. 1 del codice civile tuttora propone come strumento di accesso del soggetto al sistema dei fenomeni giuridici svanisce al cospetto della dirompente immagine della condizione umana.

Inizio e fine della vita, origini e percorsi dell'esistenza sfidano gli schemi di consolidata tradizione. La capacità come categoria ordinante non può più imporsi come custode e garante della vicenda giuridica dell'uomo. Troppo astratta la sua dimensione, troppo artificiale la sua struttura, inutilmente concettuale il suo ruolo. La "capacità" che descrive il ruolo dell'uomo ne cancella la ricchezza e la complessità: nella pretesa di unificare, divide; nell'intento di sintetizzare, appiattisce.

Accanto all'istituto di più "nobile" e "forte" valenza dogmatica il diritto privato conosce da sempre un diverso attributo del soggetto, in origine secondario, quasi ancillare. Se la capacità ha descritto la condizione del soggetto per il diritto e ne ha definito ordinatamente le prerogative, l'identità è stata indispensabile a garantire la certezza delle definizioni e la sicura organizzazione dei rapporti intersoggettivi.

Tra soggettività, capacità e identità il diritto privato del passato ha finito per individuare un legame a tre, ben presto inscindibile. La formula che meglio si presta a descrivere questo legame sembra quella che indica la capacità come il decisivo criterio ordinante e che rimanda un'immagine dell'identità come custode della (così ordinata) soggettività. In quanto mezzo di "classificazione" dei soggetti, la capacità ha disegnato per secoli il posto e il ruolo dell'individuo; in quanto mezzo di identificazione, funzionale all'unicità del soggetto di diritto, l'identità si è limitata a delineare in sintesi estrema i tratti caratterizzanti dell'individuo.

I tempi più recenti conoscono un forte riscatto dell'antico strumento ancillare: l'identità dell'uomo irrompe sulla scena come protagonista. Le viene spesso affidato addirittura il compito di far sentire e prevalere le ragioni della vita sulle certezze del diritto.

Ma non è l'identità a cambiare o a cambiare per prima. È la trasformazione dell'idea di soggetto che trascina con sé il cambiamento dello strumento che la custodisce. Non è tanto l'identità che evolve da mezzo di individuazione a somma dei valori evocativi della condizione umana, è il soggetto che manifesta una realtà complessa, alla quale il diritto guarda modificando gli strumenti che possiede.

L'unicità del soggetto, distillato dell'astrazione garantita dal requisito della capacità giuridica, non costituisce più una priorità del sistema. Il termine semplice ed essenziale di riferimento delle "regole del gioco", garanzia di razionalità del traffico, cede il posto alla complessità.

Non è più possibile immaginare un unico, uniforme individuo, indistintamente idoneo ad essere titolare di diritti ed obblighi. In suo luogo, il diritto assume a punto di riferimento la molteplicità delle identità dell'uomo, degne di essere rispettate nelle diverse immagini che propongono.

È tempo che lo statuto della soggettività si affranchi dalla statica visione di un indeterminato individuo, senza età e senza genere, senza storia e senza origini, senza contatto con la naturale vicenda della sua esistenza. È tempo che le immagini

della vita – dalla sua genesi ai suoi percorsi, fino alla sua fine – scorrano libere dai dogmi e dalle astrazioni, e trovino nelle regole a loro destinate la più piena accoglienza.