

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

L'autodeterminazione del minore nella
contemporaneità

Tomo I

a cura di Maria Teresa Nurra e Margot Musson

Emanuela Andreola, Nadia Beddiar, Pierre Bordais,
Laura Buffoni, Claudio Colombo,
Maria Alessandra Iannicelli, Guillaume Kessler,
Piergiuseppe Lai, Arturo Maniaci,
Julie Mattiussi, Patrizio Messina,
Claudia Milli, Federica Rasso,
Enzo Vullo.

XXIX

2024-1

Gennaio - Giugno

INSCHIBOLETH

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO PRIVATO ANTICO E CONTEMPORANEO

Direttore scientifico

Giovanni Maria UDA (Università di Sassari)

Co-Direttore scientifico

Rosanna ORTU (Università di Sassari)

Comitato di direzione

Francesco CAPRIGLIONE (Università LUISS “Guido Carli” – Università telematica G. Marconi); Claudio COLOMBO (Università di Sassari); José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (Università di Valencia); Andrea DI PORTO (Sapienza Università di Roma); Catherine GINESTET (Università di Tolosa); Mauro GRONDONA (Università di Genova); Gabor HAMZA (Univ. Eötvös Loránd Budapest); Alessandro HIRATA (Università di San Paolo “USP”); Valerio LEMMA (Università di Roma G. Marconi); Agustin LUNA SERRANO (Università Ramon Llul Barcelona); Salvatore PATTI (Sapienza Università di Roma); Mirella PELLEGRINI (Università LUISS “Guido Carli”); Diego ROSSANO (Università di Napoli “Parthenope”); Illa SABBATELLI (Università Telematica San Raffaele Roma); Andrea SACCO GINEVRI (Università telematica internazionale Uninettuno); Christoph SCHMID (Università di Brema); Marco SEPE (Università di Roma Unitelma Sapienza); Vincenzo TROIANO (Università di Perugia); Alberto URBANI (Università di Venezia Ca’ Foscari)

Comitato di redazione

Davide ACHILLE (Università del Piemonte Orientale); Carlo ATTANASIO (Università di Sassari); Claudia BENANTI (Università di Catania); Tania BORTOLU (Università di Sassari); Gianluca DE DONNO (Università di Sassari); Dario FARACE (Università di Roma “Tor Vergata”); Massimo FOGLIA (Università di Bergamo); Stefania FUSCO (Università di Sassari); Lorenzo GAGLIARDI (Università statale di Milano); Domenico GIURATO (Università di

Sassari); Daniele IMBRUGLIA (Sapienza Università di Roma); Arturo MANIACI (Università statale di Milano); Raimondo MOTRONI (Università di Sassari); Luigi NONNE (Università di Sassari); Maria Teresa NURRA (Università di Sassari); Laurent POSOCCO (Università di Tolosa); Federico PROCCHI (Università di Pisa); Giuseppe Werther ROMAGNO (Università di Sassari); Maria Gabriella STANZIONE (Università di Salerno) Fabio TORIELLO (Università di Sassari); Maria Manuel VELOSO GOMES (Università di Coimbra)

Comitato dei revisori

Luigi GAROFALO (Presidente – Università di Padova)

Emanuela ANDREOLA (Università Telematica UniCusano); Marco AZZALINI (Università di Bergamo); Federico AZZARRI (Università di Pisa); Angelo BARBA (Università di Siena); Vincenzo BARBA (Sapienza Università di Roma); Maria Vittoria BRAMANTE (Università Telematica Pegaso); Pierangelo BUONGIORNO (Università di Münster); Fausto CAGGIA (Università “Kore” di Enna); Ilaria Amelia CAGGIANO (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Maria Luisa CHIARELLA (Università di Catanzaro); Alberto Giulio CIANCI (Università di Perugia); Maria Rosa CIMMA (Università di Sassari); Laura D’AMATI (Università di Foggia); Iole FARGNOLI (Università statale di Milano); Sara CORRÊA FATTORI (Università di Araraquara “UniAra”); Maurizio FELICI (Università LUMSA di Palermo); Emanuela FUSCO (Università della Campania “Luigi Vanvitelli”); Lucilla GATT (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Andrea GENOVESE (Università “La Tuscia” di Viterbo); Fulvio GIGLIOTTI (Università di Catanzaro); Claudia IRTI (Università di Venezia Ca’ Foscari); Umberto IZZO (Università di Trento); David KREMER (Université Paris Descartes); Paola LAMBRINI (Università di Padova); Lorenzo MEZZASOMA (Università di Perugia); Massimo MIGLIETTA (Università di Trento); Eleonora NICOSIA (Università di Catania); Francesco Paolo PATTI (Università “Luigi Bocconi” di Milano); Aldo PETRUCCI (Università di Pisa); Guido PFEIFER (Università Goethe di Frankfurt am Main); Fabrizio PIRAINO (Università di Palermo); Johannes PLATSCHEK (Università di München “LMU”); Roberto PUCCELLA (Università di Bergamo); Francesca REDUZZI MEROLA (Università di Napoli “Federico II”); Nicola RIZZO (Università di Pavia); Giacomo ROJAS ELGUETA (Università di Roma Tre); Anna Maria SALOMONE (Università di Napoli “Federico II”); Gianni SANTUCCI (Università di Bologna); Roberto SCEVOLA (Università di Padova); Roberto SENIGAGLIA (Università di Venezia Ca’ Foscari); Eduardo Cesar SILVEIRA VITA MARCHI (Università di San Paolo “USP”); Laura TAFARO (Università di Bari “Aldo Moro”); Elena TASSI (Sapienza Università di Roma); Mario VARVARO (Università di Palermo); Paola ZILIO (Università di Udine)

Segreteria di redazione

Roberta BENDINELLI; Lorenzo BOTTA; Federica CHIRONI; Giovanni GANDINO; Roberta GUAINELLA; Maria Cristina IDINI; Pietro LIBECCIO; Claudia MARASCO; Salvatore MISTRETTA; Enrico NIEDDU; Anna Maria PANCALLO; Edoardo PINNA; Pietro Giovanni Antonio SANTORU; Laudevino Bento DOS SANTOS NETO DA SILVEIRA

Volume finanziato nell'ambito del "Secondo bando mobilità giovani ricercatori"
dalla Regione Autonoma della Sardegna (Legge regionale 7 agosto 2007, n. 7
"Promozione della Ricerca Scientifica e dell'Innovazione Tecnologica in Sardegna")

Tutti i contributi in materia di autodeterminazione del minore rientrano nel progetto di cui è responsabile scientifica la Dottoressa Maria Teresa Nurra, finanziato nell'ambito del "Secondo bando mobilità giovani ricercatori" dalla Regione Autonoma della Sardegna (Legge regionale 7 agosto 2007, n. 7 "Promozione della Ricerca Scientifica e dell'Innovazione Tecnologica in Sardegna") e sono stati sottoposti a valutazione da parte del Comitato di Direzione della Rivista. Si pubblica nel fascicolo n. 1 della Rivista la prima parte della ricerca. I contributi successivi sono destinati alla pubblicazione sul fascicolo n. 2.

Rivista on line open access. Indirizzo web: www.archiviogiuridicosassarese.org.

Registrazione: Tribunale di Sassari n° 11 del 26/01/1974.

Prima serie: Archivio Storico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1975 al 1992.
Seconda serie: Archivio Storico e Giuridico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1994 al 1998 e in formato digitale dal 1999 al 2019 (ISSN print: 2240-4856; ISSN on line: 2240-4864). Periodicità: semestrale.

Serie attuale: Archivio Giuridico Sassarese.

ISSN print: 2785-034X

ISSN on line: 2785-0803

ISBN print: 978-88-5529-575-8

© 2024, Associazione Giuridica Sassarese.

Editore: Inschibboleth edizioni – via G. Macchi, 94, 00133, Roma – Italia, email: info@inschibbolethedizioni.com. Direttore responsabile: Emiliano Tolu. Proprietario della pubblicazione: Associazione Giuridica Sassarese, email: rivista@archiviogiuridicosassarese.org. Sede della pubblicazione: Sassari, Associazione Giuridica Sassarese, c/o Studio Legale Berlinguer, via Cavour 88, 07100 Sassari, SS.

Fascicolo n. 1/2024, gennaio-giugno, pubblicato online il 30 settembre 2024.

INDICE

L'autodeterminazione del minore nella contemporaneità

Tomo I

a cura di

Maria Teresa Nurra e Margot Musson

EMANUELA ANDREOLA, <i>L'attività negoziale on line del minore</i>	p. 11
NADIA BEDDIAR, <i>L'adhésion du mineur délinquant à la relation éducative</i>	p. 27
PIERRE BORDAIS, <i>L'autodétermination numérique du mineur : le délicat équilibre entre liberté et protection</i>	p. 41
LAURA BUFFONI, <i>Il minore nella Costituzione, ovvero per una lettura minore della Costituzione</i>	p. 61
CLAUDIO COLOMBO, <i>Riflessioni sull'art. 1426 c.c. e sulla responsabilità precontrattuale del soggetto minore di età</i>	p. 93
MARIA ALESSANDRA IANNICELLI, <i>L'ascolto del minore tra autodeterminazione ed esigenze di tutela del suo migliore interesse</i>	p. 111
GUILLAUME KESSLER, <i>Autodétermination du mineur et transition de genre: réflexions comparatives</i>	p. 129
PIERGIUSEPPE LAI, <i>Ordini di protezione e tutela del minore dopo la riforma Cartabia del processo civile</i>	p. 149
ARTURO MANIACI, <i>L'ascolto del minore d'età nei processi della crisi genitoriale (dopo la c.d. Riforma Cartabia)</i>	p. 167
JULIE MATTIUSI, <i>La détermination de l'apparence physique des mineurs</i>	p. 181

FEDERICA RASSU, *L'affermazione dello status fondamentale di cittadino europeo del minore nella giurisprudenza della Corte di giustizia* p. 199

ENZO VULLO, *Note in tema di ascolto del minore nel processo civile ai sensi dell'art. 473 bis. 4 c.p.c.* p. 213

PATRIZIO MESSINA - CLAUDIA MILLI, *La cartolarizzazione a valenza sociale quale strumento di finanza alternativa. Riflessioni a margine del Disegno di Legge n. 669/2024* p. 227

Il minore nella Costituzione, ovvero per una lettura minore della Costituzione

Laura Buffoni

Sommario: 1. Il minore e il popolo. – 2. Il movimento di democratizzazione. – 3. Il minore come fatto politico. – 4. Il minore non è il sovrano. – 5. Gli *status* del minore. – 5.1. La natura e la cultura. – 6. *L'essere* minore. – 7. Il *divenire* minore. – 8. La costruzione dell'identità minore.

Il bambino è il padre dell'uomo.
(S. Freud)

1. *Il minore e il popolo*

L'autodeterminazione del minore, ovvero il diritto del minore di età di essere e disporre di se stesso, è la declinazione nel diritto privato della autodeterminazione del popolo nel diritto pubblico. Il minore mostra, infatti, una isomorfia concettuale con un certo concetto di popolo. L'uno e l'altro sono stati a lungo minoranze involontarie, «loro malgrado»¹. Entrambi sono stati determinati per negazione, come chi non ha autorità, chi non è maggiore di età, gli incapaci, i non privilegiati, i sommersi che non sempre si salvano, il proletariato, la parte che non partecipa al plusvalore, gli esclusi, l'uno dal padre, l'altro dal re². L'autodeterminazione rispetto alla loro esistenza è la partecipazione del minore e del popolo, del soggetto individuale e di quello collettivo, alla sovranità, al potere sovrano, che appare legittimo in quanto coloro che sono obbligati all'obbedienza sono anche gli autori del comando³. L'uno stabilisce la propria forma di vita individua, la «prima costituzione», l'altro la forma di vita politica, la costituzione comunitaria⁴.

¹ Si mutua l'espressione adoperata ad altro riguardo da A. PIZZORUSSO, *Le minoranze nel diritto pubblico interno*, Giuffrè, Milano, 1967, 126 ss.

² È il concetto di popolo di C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1928), Giuffrè, Milano, 1984, 318-9.

³ Il legame tra l'autodeterminazione e la sovranità del popolo è, riconvertendo l'autovincolamento della sovranità dello Stato di Jellinek, in D. GRIMM, *Sovranità. Origine e futuro di un concetto chiave* (2009), Laterza, Roma-Bari, 2023, 13 ss.

⁴ Il virgolettato lo si adoperava nel preciso senso di G.B. CONTRI, *La prima costituzione*, Sic Edizioni, Milano, 2024, ossia di «Costituzione dell'individuo», «Costituzione del nostro

Non rileva quale autodeterminazione sia logicamente anteriore. Il diritto pubblico è nato da quello privato, come la comunità organizzata, il corpo collettivo, da un insieme di individui. L'antecedenza logica del diritto privato rispetto al diritto pubblico è iscritta nel suo etimo *privatum* che deriva da *privu(m)*, che sta davanti, isolato o che è imparentato con *primus*, «il primo è chi, stando davanti a tutti, non vede nessun altro, e dunque è distinto e separato dagli altri, è appunto il singolo che vede solo sé stesso e la propria utilità»⁵. Potrebbe, però, invertirsi il movimento, perché l'individuo, ove lo si intenda come costituzione del sé, è la meta e non l'origine della dimensione pubblica e condivisa: è l'effetto di un processo di individuazione che dal comunitario va all'individuale, che pure è presupposto, singolarizzandolo. Non toglie che l'individuazione sia possibile perché esiste qualcosa come un individuo, su cui retroagisce ciò che è generale/universale ma da cui dipende, così come il genere dipende dalla specie. In ogni caso, anche se si presuppone che la linea di evoluzione va dal diritto soggettivo a quello oggettivo, dall'autodeterminazione dell'Io al Noi, la giuridificazione del politico, del collettivo, si è convertita in una nuova forma logica di soggettività giuridica⁶ e la nuova soggettività giuridica, il Noi che si auto-costituisce sovrano, ha creato, in un gioco di rimandi ulteriori, il soggetto/individuo sovrano e lo ha assoggettato. In direzione contraria, però, il diritto privato ha intessuto relazioni, legami, con la dimensione del comune, del collettivo, del molteplice, fino ad immaginare l'inversione del destino riservatogli dalla storia⁷. Il soggetto autodeterminato non è il sovrano che dice Io a se stesso.

La conclusione è che non vi è una relazione di anteriorità della costituzione dell'Io al Noi minore che si autodetermina o viceversa, ma una doppia dipendenza costitutiva. Si sostiene teoricamente con il modello discorsivo di Costituzione teorizzato da Habermas, che poggia sulla co-originarietà di autonomia pubblica e privata, perché «l'autonomia pubblica dei cittadini dello Stato non è immaginabile a prescindere dalla autonomia privata dei membri della società, e viceversa. Entrambe le autonomie si presuppongono reciprocamente»⁸. Il popolo, il Noi collettivo, che si costituisce da sé, stabilendo il proprio *status*,

corpo [...] È una Costituzione universale a sede individuale, che chiamo san(t)a sede. Il primo costituzionalista della Costituzione di cui sto parlando è stato Freud.

⁵ Lo coglie V. ROPPO, *Diritto (e rovesci) di una storia che riguarda tutti. Il racconto della legge*, Baldini&Castoldi, Milano, 2019, 203.

⁶ Come notava R. ORESTANO, *Verso l'unità della 'conoscenza giuridica'*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1984, n. 3, 651.

⁷ La direzione inversa è tratteggiata nella critica storicizzante mossa al diritto privato moderno e, per esso, al diritto soggettivo, la cui relazione di necessaria co-implicazione con quello pubblico è il portato della «forma della politica moderna: sovrana e borghese», da M. SPANÒ, *Fare il molteplice. Il privato alla prova del comune*, Rosenberg & Sellier, Torino, 2020. Ma, come riconosce lo stesso autore, l'intuizione è in A. SCHIAVONE, *Storiografia e critica del diritto: per una "archeologia" del diritto privato moderno*, De Donato, Bari, 1980.

⁸ J. HABERMAS, *Tempo di passaggi* (1998), Feltrinelli, Milano, 2004, 103; sul punto specifico L. CEPPEA, *Il diritto della modernità. Saggi habermasiani*, Trauben, Torino, 2011, 66.

la propria forma e specie di unità politica, è condizione dell'autocostituzione dell'Io minore, dentro la Famiglia e dentro lo Stato e questa retroagisce sulla forma del popolo, condizionandola. Tra le due forme di convivenza, privata e politica, vi è insomma un legame ambiverso e non una dicotomia⁹.

2. Il movimento di democratizzazione

Un libro di qualche anno fa di Charles Tilly¹⁰, un teorico della democrazia, aiuta a comprendere la relazione tra la forma democratica dello Stato e la costruzione della soggettività, non assoggettata, del minore nella famiglia e nella società perché lega il processo di democratizzazione di un regime non democratico e quello inverso di de-democratizzazione della democrazia alla decostruzione della sovranità delle comunità chiuse di consanguinei e, in particolare, del capofamiglia e, quindi, alla emersione di relazioni eguali e mutuamente vincolanti tra i suoi componenti.

Non è un legame scontato, naturale. Fin dal diritto greco, le due sfere del δῆμιον e dell'ἴδιον convivono nello stesso individuo, ma sono distinte: nel βασιλεύς è ἴδιον ciò che attiene all'οἶκος, è pubblico ciò che attiene alla πόλις. La distinzione non corre, però, tra polo della libertà e dell'autorità: anzi la gestione degli interessi privati è molto più autoritaria di quella degli interessi pubblici, messi in pubblico, tanto che il capo dell'οἶκος è definito οἰκοιο ἄναξ¹¹; la sfera domestica, economica, è gerarchica e naturalmente dispari, mentre la città, la vita politica che sradica i legami familiari, è ugualitaria e per questo libera¹². L'analisi del movimento di democratizzazione, che considera la dinamica democratica, ovvero i processi che influiscono in modo specifico sulla trasformazione del regime politico in senso democratico o nel suo contrario, ci dice che la forma della casa è condizione necessaria, seppure non sufficiente, della democratizzazione della città. Il minore partecipa di entrambe, come figlio e come cittadino. È sensato che i mutamenti dell'una e dell'altro ne determinino la sua 'figura'.

La teoria della democrazia spiega la democratizzazione con alcuni processi che la promuovono. Muove da un'idea molto generale della forma politica democratica: grossomodo la democrazia è il regime che presenta una consul-

⁹ Questa doppia relazione fonda metodologicamente sia la lettura della libertà individuale di autodeterminazione secondo la forma politica collettiva, come in S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione Libertà Democrazia*, in *Dirittifondamentali.it*, 2024, n. 3, 83 ss., sia, nel verso opposto, la lettura della forma di governo secondo la categoria del patriarcato, muovendo dal parallelo tra *patria potestas* e *pater patriae*, di I. RUGGIU, *Mutamenti della forma di governo e integrazione europea. Gli influssi sulle istituzioni e sul formante patriarcale*, in *Rivista Aic*, 2024, n. 1, 349 ss.

¹⁰ C. TILLY, *La democrazia*, il Mulino, Bologna, 2007.

¹¹ E. CANTARELLA, *Diritto greco. Appunti delle lezioni*, Unicopli, Milano, 2012, 123 ss. e spec. 127.

¹² È la distinzione tra οἶκος e πόλις delineata da Hannah Arendt e ripresa di recente da D. DI CESARE, *Democrazia e anarchia. Il potere nella polis*, Einaudi, Torino, 2024, 148 ss.

tazione ampia, uguale, protetta e mutuamente vincolante dei cittadini rispetto all'agire dello Stato¹³. Ciò in apparenza non è utile per interpretare la Costituzione positiva, perché il minore è precisamente colui che, in quanto non è maggiore di età, non ha diritto di voto *ex art. 48* della Costituzione¹⁴. Ma è una apparenza che inganna. Affinché la democratizzazione avvenga, affinché lo Stato sia sottomesso al controllo della sfera politica e questa sia soggetta al controllo popolare, devono, infatti, realizzarsi almeno tre processi: l'integrazione delle reti fiduciarie interpersonali nella sfera politica, il distacco della sfera politica dalle diseguaglianze di categoria e l'eliminazione o la neutralizzazione dei centri di potere autonomo che esercitano coercizione e controllo¹⁵. Le reti fiduciarie fondamentali sono connessioni interpersonali che costituiscono legami forti inclini a separarsi dallo Stato. Tra queste vi sono storicamente le reti tessute a difesa del casato dai capifamiglia, ovvero le comunità naturali fondate sui legami di sangue. Se quelle reti restano isolate e distaccate dalla sfera politica, non vi sono incentivi alla partecipazione ampia alla comunità politica ma, all'opposto, alla protezione di quelle relazioni dall'azione statale. Il governo di quelle reti fiduciarie e, quindi, la dissoluzione delle reti isolate e soprattutto, nel loro seno, della mediazione del patrono, del patriarca e del padre, aprono, invece, la porta alla democratizzazione. A sua volta, l'integrazione delle reti fiduciarie nella sfera politica innesca l'affidamento, la fiducia, nello Stato per il mantenimento di queste reti e la condivisione del progetto collettivo. La responsabilità, l'*accountability*, diviene il dispositivo che garantisce e sanziona il legame tra le reti fiduciarie, prima distaccate, e la sfera pubblica¹⁶. In pari modo, la democratizzazione è più probabile quando i processi politici evitano la traduzione delle diseguaglianze quotidiane di categoria, tra le quali quelle di genere e per nascita, nella sfera politica. Ne segue che le relazioni diseguali e gerarchiche che caratterizzano un nucleo familiare impediscono la politica democratica ove permeino le relazioni e interazioni tra Stato e cittadini¹⁷. Infine, la costituzione di legami parentali e consanguinei come centri di potere autonomo che controllano i mezzi di coercizione influenza negativamente la possibilità che la sfera politica si indirizzi verso una consultazione ampia, uguale, protetta e mutualmente vincolante. Al contrario, la limitazione della sovranità di questi centri di potere autonomo agevola l'aumento dell'influenza popolare sulla sfera politica e la subordinazione dello Stato alla sfera politica¹⁸.

La lettura dei teorici della democrazia è promettente per il costituzionalista perché aiuta ad impostare il discorso sulla soggettività giuridica del minore come fatto politico, come fatto che inerisce l'esistenza politica, il popolo, quin-

¹³ C. TILLY, *La democrazia*, cit., 59.

¹⁴ La definizione minimale di minore ricavabile dalle corrispondenze interne al testo è colta da G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Cedam, Padova, 2015, 4.

¹⁵ C. TILLY, *La democrazia*, cit., 115 ss.

¹⁶ *Ivi*, 127-37.

¹⁷ *Ivi*, 157.

¹⁸ *Ivi*, 191.

di lo *status* politico di cittadino e non solo la sfera privata dell'uomo-individuo. Ci dice che la democratizzazione politica non si dà se la famiglia resta un fatto privato, una comunità chiusa, un'«isola», distaccata e non integrata nella sfera politica, solo «lambita»¹⁹ e non regolata dal diritto legislativo²⁰. Se, infatti, la sua autonomia si converte in sovranità, in indipendenza dentro lo Stato, la premienza dei rapporti fiduciari blocca la possibilità di una ampia partecipazione popolare alla sfera politica. La privatizzazione e la patrimonializzazione della famiglia sono, cioè, tutt'uno con la aristocratizzazione della casa e della città. Così come la democratizzazione è improbabile in presenza di relazioni gerarchicamente ordinate nel seno della famiglia ed è impedita se la forma di quelle relazioni interne ipotoca, all'esterno, quelle tra i cittadini e lo Stato. In una, il processo di democratizzazione è impossibile se il minore è, dentro e fuori la famiglia, suddito e non cittadino. Con movimento di retroazione, però, la democratizzazione della originaria aristocraticità del governo rappresentativo reagisce sulla forma della famiglia che regola e include nella forma di stato e determina i movimenti di pubblicizzazione, socializzazione ed egualitarizzazione dei soggetti minori.

Ma il giurista positivo non deve limitarsi alla constatazione della normalità sociale, della linearità o dell'inversione dei processi reali di democratizzazione, della anteriorità della democratizzazione della città rispetto a quella della casa o viceversa e non deve muovere da una concezione della democrazia piuttosto che da un'altra, perché la scelta dell'una o dell'altra concezione sul terreno della teoria della democrazia, che non è una scienza normativa, non potrebbe che essere arbitraria. Deve muovere dalle regole costituzionali che rendono democratica la forma di stato e quindi che fondano la autonomia pubblica e, al contempo, quella privata. Non è detto che l'esito però sia opposto a quello dei teorici della democrazia, perché non c'è un dover essere senza essere e quindi non c'è una normatività dualisticamente separata dalla normalità.

3. *Il minore come fatto politico*

La Costituzione vigente, a differenza dello Statuo albertino, ha stabilito che la regolazione del minore di età è materia costituzionale nei limiti posti dal testo. È regolazione della sua condizione nella famiglia, nella società e nella comunità politica che presuppone un modo, una forma, della convivenza

¹⁹ È forse superfluo ricordare che il virgolettato è tratto da C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, III-1948, 22, ma pare di certo utile segnalare la recente, attenta, lettura di N. LIPARI, S. PATTI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Giuffrè, Milano, 2024, 16 ss.

²⁰ Sembra una lettura utile per comprendere il processo storico di democratizzazione della famiglia e, nel caso dell'ordinamento italiano, in che misura la democratizzazione della famiglia sia passata dalla statualizzazione della famiglia compiuta dal fascismo. In ogni caso, dal fascismo all'ordinamento repubblicano il fattore della capacità statale è mutato per qualità ed intensità.

privata e pubblica. Più precisamente, il minore rientra nel programma della 'grande trasformazione' sociale e politica del progetto costituzionale, la cui decisione fondamentale, se non è la 'liberazione' dei soggetti minori, che solo le forze politiche possono attuare nel divenire, è però la garanzia giuridica di una libertà effettiva che implica la rimozione degli «ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza 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 un programma che appartiene al Secolo delle grandi visioni e narrazioni, di un tempo carico di storia, di ordine e di desideri collettivi, che non conosce vita privata e decisioni personali che non assumano un significato pubblico: in quel progetto l'esistenzialismo non si dà senza normativismo. Quindi, il problema di diritto costituzionale positivo è elaborare un'interpretazione delle disposizioni costituzionali sui minori, persone, figli, studenti, lavoratori e cittadini, coerente con i principi di democraticità e sovranità popolare che sono posti a fondamento della Repubblica italiana e della politicizzazione della società²¹. Questa interpretazione è, però, orientata dalla teoria della democrazia che ci ha detto che sono come una sola faccia del nastro di Moebius.

Nella Costituzione dello Stato democratico-sociale, contro la netta separazione tra diritti civili e politici dello Stato borghese di diritto, la sovranità politica è frammentata e diffusa nella società, con la caduta della separazione tra società civile e Stato, cosicché alla spoliticizzazione liberale della società e, con essa, della famiglia è seguita la sua politicizzazione e, quindi, la socializzazione dello Stato. La politicizzazione della famiglia è un momento della politicizzazione della società. È vero che per l'art. 29 la Repubblica democratica «riconosce» i diritti della famiglia, come l'art. 2 «riconosce e garantisce» i diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali, ma perciò stesso la famiglia non è un ordinamento separato e indipendente, quindi non è sovrana. Nella Costituzione vigente può discorrersi, come si è diffusamente discusso, della famiglia come di una formazione privilegiata rispetto alle altre per l'autonomia di indirizzo o normativa, del livello minimo di autogoverno e di «*interna corporis*» quale rivendicazione di autonomia della famiglia al cospetto della sua statalizzazione²², al pari dell'origine storica della dottrina degli *interna corporis acta* come rivendicazione di autonomia del Parlamento dal re e dai giudici. Ma il suo significato polemico non converte l'autonomia in sovranità della famiglia o in potere di *autodichia*, secondo l'ideologia liberale o giusnaturalista: resta

²¹ È la prospettiva che muoveva L. CARLASSARE, *Posizione costituzionale dei minori e sovranità popolare*, in M. DE CRISTOFARO, A. BELVEDERE (a cura di), *L'autonomia dei minori fra famiglia e società*, Giuffrè, Milano, 1980, 39 ss. e che già aveva mosso P. CATALANO, *Nuovi strumenti della sovranità popolare: scuole delle famiglie*, in *Studi Saresi*, 437 ss.

²² È la tesi di P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in *Rivista di diritto civile*, 1961, I, 415 ss., sul cui declino nel diritto legislativo S. PATTI, *Il declino della immunity doctrine nei rapporti familiari*, *ivi*, 1981, I, 378 ss.

un ordinamento la cui autonomia è derivata da norme e non dalla natura²³. Metodologicamente la forma democratico-sociale dello Stato e della famiglia fonda il superamento della visione particolaristica del diritto di famiglia, considerato, secondo la nota formula di Angelo Falzea, quale «regione del diritto civile». Non significa, però, in direzione verticale, una riattualizzazione della statalizzazione della famiglia e, soprattutto, di quella concezione pubblicistica e paternalistica che sacrificava i diritti individuali sull'altare del superiore interesse dell'istituzione familiare²⁴. La Costituzione ha una matrice pianificatoria, ma il piano è aperto, incompleto, quindi, imperfetto e non chiuso, totale, compiuto, organico. Lo Stato, nel pluralismo politico, sociale e territoriale, lontano dal velleitarismo e monismo progettuale del costituzionalismo illuministico, si apre alla società plurale e consente diverse forme organizzative perché non ne presuppone nessuna. È forma di vita e la vita è il molteplice. Così, la Costituzione non pianifica la formazione e, per essa, l'istruzione e l'educazione dei minori-figli, ma ne attribuisce, all'art. 30, comma 1, il dovere/diritto ai genitori. Non pone limiti espliciti, ma non è neppure una «delega in bianco»²⁵. I limiti sono quelli della loro compatibilità con il pluralismo comprensivo del progetto costituzionale, ovvero della compatibilità del progetto parziale con il progetto del composito soggetto unitario. Pena l'elisione dell'art. 2 e l'incoerenza del testo costituzionale, quel diritto non può annullare il soggetto di diritto minore, anche se dissenziente e antagonista. È più difficile stabilirne i limiti materiali nei confronti di terzi. Potrebbe argomentarsi, secondo il noto paradosso popperiano della tolleranza, che in ambiente pluralista il solo confine ammissibile alla libera formazione di un soggetto è quello escludente la libertà eguale dell'altro e, con essa, la concreta possibilità di una vita 'comune'. Ma qui valgono un po' le stesse questioni che pongono i limiti alla libertà di manifestazione del pensiero dell'art. 21, per i quali il libertarismo obietta all'egualitarismo che è un non-senso teorico escludere il pensiero antipluralista dall'ipotesi pluralista, pena la sua stessa auto-confutazione o che nelle relazioni internazionali pone il diritto di autodeterminazione dei popoli, che non coincide, salvo la sua autocontraddizione, con la necessità della decisione di un governo democratico²⁶. Se ci atteniamo al testo, la Costituzione limita l'autonomia della famiglia per realizzare il principio di eguaglianza sostanziale:

²³ La naturalità della famiglia è infatti la barriera più resistente all'intervento dello Stato fin dal noto scritto di P. SCHLESINGER, *L'unità della famiglia*, in *Studi Sassaesi*, II, *Famiglia e società sarda*, Giuffrè, Milano, 1971, 376, ma a neutralizzarne gli argomenti basta C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *ID.*, *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, 136.

²⁴ E. LAMARQUE, *Famiglia (dir. cost.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano 2006, 2418 ss.

²⁵ L'espressione è di P. RESCIGNO, *Presentazione*, in L. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Jovene, Napoli, 1984, XIII.

²⁶ G. PALMISANO, *Autodeterminazione dei popoli*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VI, Giuffrè, Milano, 2012, 122 ss.

si intromette quel tanto che basta per ripristinare l'equilibrio a difesa di chi è in condizione di svantaggio. Così, al comma 2 dell'art. 30, prevede la regolazione con legge dell'intervento sostitutivo o sussidiario pubblico nel solo caso di «incapacità» dei genitori ad assolvere i loro compiti istruttivi ed educativi. Qui sta il fondamento costituzionale degli istituti del diritto civile che, dinanzi alla perdita di consistenza della famiglia di sangue, disciplinano l'affidamento del minore, l'adozione, *ex speciale* o in casi particolari, e così via. Impone di infrangere l'autonomia privata per garantire ai figli naturali «ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima», secondo la riserva di legge rinforzata del comma 3 dell'art. 30, per agevolare con misure economiche e altre provvidenze l'adempimento dei compiti relativi alla formazione, in particolare, delle famiglie numerose e per proteggere la maternità, l'infanzia e la gioventù, secondo le norme promozionali dell'art. 31. A rovescio, queste disposizioni immettono la famiglia, la sfera privata, nella forma politica dello Stato. A seguire, il 'livello' dell'eguaglianza proietta il minore nella dimensione pubblica della Repubblica che provvede ai minori che sono lavoratori con le speciali tutele economico-sociali dell'art. 37, ultimo comma, e garantisce il diritto all'educazione e all'avviamento professionale agli inabili e minorati dell'art. 38, comma 3.

È conseguente alla democraticità della Repubblica la democratizzazione interna della famiglia, che non è il benefico effetto dell'umanitario impolitico e della naturalità dei rapporti interni, ma della sua giuridicizzazione e politicizzazione nel senso detto. Al suo interno non vi è posto per alcun sovrano illimitato ed irrinunciabile che, al modo della patria potestà, fa la legge della casa. Nella Costituzione la sovranità nella città è in 'forma' dentro il diritto, contro la sua infondatezza, abissalità e trascendenza politica o, al contrario, contro la sua fattualità bruta. L'art. 1, comma 2, dispone che il popolo esercita la «sovranità» che gli appartiene «nelle forme e nei limiti della Costituzione». Da ciò il giurista positivo non può trarre che non si tratta di sovranità perché non è, nel senso austriano, potere illimitato e illimitabile, appunto perché il diritto posto dice il contrario. Lo stesso discorso può farsi per la distinta categoria, teorica e dogmatica, della sovranità dello Stato quale ordine delle competenze statali presupposto dagli artt. 7 e 11 della Costituzione. Il primo presuppone che vi siano almeno due ordini indipendenti e sovrani, quindi, esclude che la sovranità sia una e illimitata; nel secondo la sovranità dello Stato coesiste con la pari sovranità degli altri Stati e consente espressamente proprie «limitazioni». Se la Costituzione consentisse un sovrano di qualità differente nella casa, contraddirebbe o comunque non garantirebbe, come la teoria democratica dimostra, i presupposti per la democrazia nella città. A seguire, è coerente, pena la disintegrazione del testo, che nella famiglia della Repubblica democratica dell'art. 1 le relazioni interne siano di pari-ordinazione: l'autonomia *della* famiglia dello Stato liberale si converte nello Stato democratico-sociale nella autonomia *nella* famiglia. In natura, infatti, tra libertà ed eguaglianza vi è opposizione o, comunque, la loro compatibilità non

è necessaria, perché dipende dalla natura umana, che può essere benefica o malefica²⁷. È l'artificio dello Stato costituito dalla Costituzione che rende possibile la libertà eguale, senza la quale non si dà libertà di tutti. Vi converge l'antecedenza dei diritti inviolabili dell'uomo come singolo prima che nelle formazioni sociali dell'art. 2, nonché la pari dignità sociale di tutti i cittadini e l'eguaglianza senza distinzioni di condizioni personali e sociali dell'art. 3, comma 1. Ne è una concretizzazione l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi dell'art. 29, comma 1, di cui è una specificazione il pari dovere/diritto di mantenere, istruire ed educare i figli dell'art. 30. È vero che la Costituzione fa salvi «i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare». Ma quell'unità nell'ordinamento pluralista, a cui la famiglia, come tutte le altre formazioni sociali, partecipa, non può che essere una unità sostanziale plurale da raggiungere nella situazione concreta e non una unità formale presupposta da difendere, con le inevitabili tensioni immanenti al principio pluralista in cui la differenza e la molteplicità non sono una condizione negativa e patologica da eliminare in nome di una antistorica ed idolatrica *reductio ad unum*: dunque, uguaglianza e unità stanno e cadono insieme. Nelle relazioni tra genitori e figli, è qui, nella 'società tra eguali', il fondamento costituzionale del movimento del diritto legislativo che è passato dalla patria potestà alla potestà dei genitori, fino alla responsabilità dei genitori²⁸, che riscrive nel diritto civile l'*accountability* propria, nei teorici della democrazia, della direzione discendente della relazione governati-governanti. Guardato dal punto di vista dei minori, quel movimento implica la non eterodeterminazione, la non soggezione e la non derivazione del minore, di cui i genitori, secondo la formula dell'art. 147 del codice civile, devono assecondare la capacità, le inclinazioni naturali e le aspirazioni. È qui il movimento della depatrimonializzazione della famiglia e dei figli nel diritto civile ovvero della subordinazione delle situazioni patrimoniali a quelle esistenziali: il *patrimonio*, il compito del padre, di colui che protegge e nutre, speculare al *matrimonio*, al compito della madre, la genitrice, sta e cade, infatti, con l'ordine gerarchico della famiglia e con l'assoggettamento del figlio.

²⁷ La naturalità dei rapporti personali è precisamente ciò che fa resistenza al principio di eguaglianza dentro la famiglia secondo il noto studio di C.M. BIANCA, *Le autorità private* (1977), ora in ID., *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, vol. I, t. I, Giuffrè, Milano, 2002, 47 ss. e spec. 55. Di recente, l'opera è al centro della ricerca di P. SIRENA, A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da "Le autorità private" di C.M. Bianca*, Roma Tre-Press, Roma, 2018.

²⁸ Come noto, la trasfigurazione degli obblighi di mantenimento, di istruzione e di educazione dei figli nel «principio di responsabilità genitoriale» la si deve alla giurisprudenza costituzionale che ha preceduto il d.lgs. n. 154 del 2013: tra le molte Corti cost., sentt. nn. 99 del 1997, 166 del 1998 e 394 del 2005. In dottrina, l'ingresso della responsabilità civile nelle relazioni familiari è debitrice della riflessione di S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1984.

4. *Il minore non è il sovrano*

Ma tutto questo non significa che il minore sia divenuto il sovrano. Non lo è perché la paritarietà delle relazioni tra i cittadini per dignità sociale e senza distinzione di condizioni personali esclude che il minore possa sostituire il Padre. Teoricamente, l'abdicazione del potere paterno a suo favore ne costituirebbe un meccanismo di ricarica interno, perché l'antisovrano non è la negazione, l'opposizione polare, del sovrano. Appartiene al medesimo paradigma, seppure rovesciato: «è come voler distruggere il lupo introducendosi comodamente nelle sue fauci»²⁹. Dogmaticamente, nella famiglia il minore vive in una forma di con-vivenza, che esige la co-esistenza di tutte le parti eguali che la compongono, che sono titolari di specifiche competenze e di cui la legge garantisce l'unità. La famiglia è, infatti, un «rapporto avente per contenuto «lo svolgimento della personalità di *ciascuno* di coloro che ne sono membri»»³⁰. La pari-ordinazione delle posizioni, con la orizzontalità ed uguaglianza in luogo della verticalità e della gerarchia, non implica l'identità ma la complementarità: il dovere/diritto di educare è dei genitori e non dei figli e quelli devono educare questi nel senso etimologico di 'trarre fuori' il figlio dal suo stato naturale, partendo, però, da quello stato e da quel sé. Nella società e nella città il minore è soggetto di diritto e dei diritti, con la sola testuale esclusione del diritto di voto *ex art.* 48, tra soggetti di diritto e dei diritti. La democrazia esige la libertà eguale, l'uguaglianza nella libertà, la autodeterminazione di tutti e non solo di uno, che quindi non puoi mai davvero essere 'padrone' di sé, chiunque esso sia.

Il minore è, però, un soggetto privilegiato nell'attuazione delle misure promozionali che la Repubblica deve adottare per la rimozione di quegli 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 la partecipazione dei lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. I minori, la cui persona è in formazione, sono infatti i soggetti che incontrano maggiori ostacoli e impedimenti a sviluppare con pienezza la propria persona e quindi ad esercitare i diritti inviolabili di libertà, sia come singoli sia nelle formazioni sociali³¹. Le libertà per i minori sono una lotta continua con il proprio sé, in costruzione, e con gli altri, in posizione eguale o superiore per natura o cultura. La loro condizione, giocoforza, di minorità giustifica, pertanto, quelle forme di privilegio, superiorità, esclusività, preminenza o prevalenza dell'interesse della «sana crescita del minore» o dell'«interesse superiore del fanciullo» nei bilanciamenti (inequali) con gli interessi contrapposti che

²⁹ R. BARTHES, *L'impero dei segni*, Einaudi, Torino, 2004, 13.

³⁰ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna, 1984, 351. Il corsivo è aggiunto.

³¹ Guarda ai minori tra «la 'polarità' della protezione del minore, come soggetto di bisogni, e la 'polarità' del minore come soggetto di diritti» C. DI COSTANZO, *La tutela costituzionale del minore: identità, salute e relazioni*, Giappichelli, Torino, 2023, 9.

il diritto giurisprudenziale costituzionale riconosce, appunto, per colmare lo scarto e riequilibrare le relazioni³². Così come in via decrescente fonda, nella composizione dei conflitti che costellano la vita del minore e la costituzione della sua persona nella famiglia e nella società, il criterio del migliore (e non del superiore) interesse o, più correttamente, consideratone il carattere necessariamente concreto e situato, dei «migliori interessi dei bambini», originariamente elaborato nel diritto internazionale dei diritti umani e sovranazionale³³. Funziona al modo dei mandati di ottimizzazione di Alexy, che in relazione alle concrete possibilità di fatto e di diritto operano nella misura massima, appunto, a favore di chi è minoranza e restituiscono regole mobili adattabili ai casi³⁴. Questo medesimo criterio può, poi, funzionare come argomento di principio nel foro pubblico per neutralizzare tutte le differenze di *status* di minori, genitori e famiglie, idonee a pregiudicare la formazione dei primi. Il problema è, però, che quei migliori interessi non si danno in natura, ma sono sempre il frutto di valutazioni o dell'autorappresentazione del minore o delle rappresentazioni, mediazioni e consultazioni di chi, nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, ovvero nella sfera privata o in quella pubblica, sta al suo posto a seconda della natura dei diritti e della concreta capacità di

³² È il criterio della preminenza del superiore interesse del minore nel caso concreto che sostiene, tra le molte, Corte cost., sentt. nn 31 e 257 del 2012; 7 del 2013; 239 del 2014; 205 del 2015; 17, 76 e 27e del 2017; 189 del 2019; 102 del 2020. Il suo fondamento costituzionale è ricavato dal principio personalista dell'art. 2, dalla «cura della persona prescritta» dall'art. 30 e dall'art. 31, «arricchito» dal contenuto esplicito degli artt. 3 e 8 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 e dell'art. 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dal contenuto implicito dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il virgolettato è tratto da Corte cost., sent. n. 102 del 2020. Fa il punto su questa giurisprudenza costituzionale M. PICCHI, *La mancanza di dialogo fra legislatore e Corte costituzionale nella tutela del superiore interesse del minore*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2024, n. 3, 220 ss.

³³ Il criterio dei migliori interessi del bambino compare, tra le tante, in Corte cost., sentt. nn. 102 del 2020 e 79 del 2022. In proposito, E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2016, 77 ss., avanza critiche alla retorica del *best interest of the child*, revocando in dubbio che sia sempre rivolto a salvaguardare nel caso concreto l'interesse del minore.

³⁴ S. SILEONI, *L'autodeterminazione del minore tra tutela della famiglia e tutela dalla famiglia*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, n. 3, 620, compendia la soluzione dei conflitti che coinvolgono i minori nell'opzione per un valore (quello personalistico), un fine (quello della tutela della sana crescita del minore), un metodo (quello casistico e concreto) e per tre criteri (autonomia della famiglia, integrità psico-fisica del minore e volontà del minore). È la *ratio* che, nella giurisprudenza costituzionale, ha fondato, nel superiore interesse del minore alle relazioni familiari, in cui «concretamente si trova» e nelle quali «soltanto essa [la persona] si può sviluppare» e al mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei due genitori, le dichiarazioni di illegittimità costituzionale degli automatismi legislativi, quali quelli inerenti la sospensione o la perdita della potestà/responsabilità genitoriale per delitti: dopo l'originaria ordinanza di inammissibilità n. 723 del 1988, cfr. sentt. nn. 31 del 2012; 7 del 2013; ord. n. 150 del 2013 e, da ultimo, sent. n. 102 del 2020, da cui sono tratti i virgolettati e su cui basti per il profilo in considerazione il commento di G. MATUCCI, «Cecità» della legge e interesse concreto del minore. *Sull'incostituzionalità dell'automatica sospensione della responsabilità genitoriale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2020, n. 3, 1220 ss.

giudizio del minore³⁵. Ma la priorità dello svolgimento della «personalità» e dello sviluppo della «persona umana», che si ricava rispettivamente dagli artt. 2 e 3³⁶, prescrive la norma generale di privilegiare la autorappresentazione del sé nell'attuazione legislativa e nell'applicazione giudiziale della Costituzione, salvo ovviamente l'accertamento nei casi concreti, a protezione del minore, del suo giudizio e della sua volontà nelle forme dell'ascolto o simili e l'interpretazione della sua voce oltre l'intenzione della significazione.

Si va così meglio definendo la misura costituzionalmente imposta e il limite costituzionalmente consentito dell'autodeterminazione del minore da cui siamo partiti e intesa come la libertà di determinarsi in conformità di una legge propria e, dunque, di autonormatività e autogoverno. La grande questione che sta sullo sfondo e che andrebbe preliminarmente affrontata è lo studio della soggettività o meglio delle soggettività accolte nella Costituzione e, specificatamente, se il testo consente di passare dal soggetto al se stesso e, a seguire, dal diritto all'identità personale al diritto ad essere se stessi, ove l'essere dell'individuo è qualcosa di presupposto, di già dato, che il diritto dovrebbe riflettere e assicurare³⁷. Più limitatamente, possiamo qui dire che il fondamento di diritto costituzionale positivo dell'autodeterminazione sta nel diritto inviolabile dell'uomo allo svolgimento della propria personalità dell'art. 2, nella libertà personale dell'art. 13³⁸ e nel diritto al nome come creazione del diritto dell'art. 22. In più, per il tramite delle porte aperte dagli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., il diritto all'autodeterminazione del minore attinge alle norme interposte dell'art. 8 della CEDU, recante «Diritto al rispetto della vita privata e familiare» e dell'art. 24 della CDFUE, sui «diritti del minore», almeno quando la fattispecie legislativa interna è disciplinata dal diritto europeo. Ma questo ci dice poco nelle relazioni del minore con l'altro da sé, perché la maggiore parte di quei diritti di libertà sono di ogni persona, minore o maggiore che sia. Partiamo allora da ciò che l'autodeterminazione del minore non è. Non la si può innanzitutto

³⁵ Sono le questioni che, tipicamente, si pongono per le decisioni del minore di interruzione volontaria della gravidanza, di rifiuto di trattamenti sanitari, di fine vita, di identità sessuale e di genere e a seguire.

³⁶ L'art. 2 riferisce la «personalità» all'«uomo» e non alla persona: se ne trae che nella Costituzione la personalità è, a rigore, la qualità, il valore, dell'uomo e non della persona. È sensato, perché la «persona» è già una qualità del soggetto individuo e diversamente si tratterebbe della qualità di una qualità. È, quindi, positivamente fondata la prospettiva teorica di T. GAZZOLO, *Dal soggetto a se stesso*, in *Storia Metodo Cultura nella scienza giuridica, Le soggettività*, 2024, n. 3, 66-7.

³⁷ Una articolata critica nella Costituzione democratico-sociale al diritto all'autodeterminazione del soggetto secondo l'egocentrismo volontarista del diritto ad essere se stessi, alla libera costruzione del sé come un progetto autonomamente voluto e deciso e, quindi, all'arbitrarietà e, al contempo, all'impossibilità dell'autodeterminazione, che è sempre e già eterodeterminata, è in S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2009, n. 2-3, 158 ss. e F. PIZZOLATO, *Mutazioni del potere economico e nuove immagini della libertà*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, n. 1, 18 ss.

³⁸ Il diritto fondamentale della persona all'autodeterminazione è ricavabile dagli artt. 2 e 13, comma 1, per, tra le molte, Corte cost., sentt. nn. 307 del 1990; 438 del 2008 e 253 del 2009.

intendere come autocausalità, ovvero assenza di condizioni e limiti e, dunque, causa e principio di sé. Non solo la fallacia di questa accezione di libertà del sé è ormai un luogo comune nella filosofia, ma soprattutto quella accezione è infondata nel diritto costituzionale positivo, in cui le libertà, perché eguali, sono poste, finite, condizionate e limitate. Le libertà costituzionali non sono libertà immunitative, ma sono libertà sociali. Attingendo a Benveniste, la libertà è, infatti, originariamente comunitaria, *impropria* in senso etimologico³⁹: non è mai autonoma o, se lo è, lo è nel senso kantiano del soggetto che si dà una regola individuale che, al contempo, soddisfa i requisiti trascendentali della legge, cioè una regola individuale che vale come legge universale; non può essere che comune, di tutti e di ciascuno perché non è propria di nessuno e perciò non può che essere libertà *nel* rapporto, libertà *come* rapporto, che non si dà senza l'altro⁴⁰. A seguire, significa che la volontà privata, per avere rilievo giuridico, non può fondarsi sulla decisione individua, ma deve essere universalizzabile o, almeno, generalizzabile. È ancora più vero per un soggetto in divenire, che ha il diritto ad essere istruito ed educato *ex art.* 30, comma 1 e la cui determinazione del sé è, quindi, il prodotto bidirezionale di contaminazioni tra il sé e l'altro⁴¹, tra ciò che si è e ciò che si deve essere: la costruzione del sé minore è un po' il punto di incontro tra la natura e la cultura, tra l'essere e il benessere, tra l'ontologia e la deontologia. A catena, è escluso che l'autodeterminazione del minore sia il volere per il volere, il volere che si fa norma o una qualsiasi forma di soggettivismo puramente volontaristico, demiurgico e individualista, perché tutta la Costituzione è attraversata da un ordinato – seppure, per certi versi, disperato – tentativo di razionalizzazione, oggettivazione e socializzazione delle libertà e, quindi, del potere: ad un potere spersonalizzato corrisponde, infatti, un io socializzato. Insomma, l'autonomia della soggettività del minore partecipa a pieno titolo della forma democratica dello Stato costituito dalla Costituzione vigente e, per ciò stesso, dei suoi limiti. È il potere di dare a se stesso un indirizzo entro i limiti della Costituzione/legge⁴².

L'argomento politico-democratico è una spiegazione della lotta per il riconoscimento del minore nell'ordinamento costituzionale più precisa dell'argomento umanitario, impolitico. Ricorrere alla 'dignità umana', al modo del giusmoralismo contemporaneo e, in particolare, del costituzionalismo

³⁹ Sulla nota indagine etimologica di Benveniste, che traccia il legame tra la radice indoeuropea, greca e latina di libertà e la catena semantica dell'affetto e dell'amicizia, R. ESPOSITO, *Libertà in comune*, in J.-L. NANCY, *L'esperienza della libertà*, Einaudi, Torino, 2000, XIII ss.

⁴⁰ I limiti alla libera affermazione di sé sono diffusi nella giurisprudenza costituzionale: in particolare, Corte cost., sent. n. 221 del 2019 (e, poi, in termini simili, sent. n. 230 del 2020), che, nel caso della fecondazione eterologa e quindi della alterazione «delle dinamiche naturalistiche del processo di generazione degli individui», nega l'esistenza di un diritto costituzionale incondizionato all'espressione della generale libertà di autodeterminarsi.

⁴¹ La Corte costituzionale trae dall'art. 30 il fondamento di una «mutua relazione» tra ciascun genitore e il figlio: Corte cost., sent. n. 102 del 2020.

⁴² M.S. GIANNINI, *Autonomia. B) Teoria generale e diritto pubblico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, 365.

giusmoralista, per sostenere l'Io del minore è un'operazione scivolosa. Ora, l'appello alla dignità umana come schema interpretativo della Costituzione dei diritti, quale meta-valore ultimo, assoluto, irrelato o un fuor-valore, è divenuto un super-argomento, un argomento mitico, capace di chiudere una discussione, con una strategia non molta diversa dallo 'sbattere i pugni sul tavolo'. Sarebbe metro della bilancia e non valore bilanciabile. Invero, la sua indeterminatezza concettuale, che oscilla tra una concezione olistico-eteronoma ed una soggettivo-liberale, tra la trascendenza e l'immanenza, pare renderla una misura incerta. Non si intende attingere alla critica radicale all'idea di dignità della persona umana, quale espressione di «un orientamento fondamentalmente antiliberal e critico della modernità dei diritti dell'uomo»⁴³, che implica un impegno ideologico a favore di una certa filosofia del diritto. Il punto è piuttosto che per il diritto costituzionale positivo la dignità umana, la si ricavi dall'art. 2 o dall'art. 41, comma 2, Cost. o dal particolare della pari dignità sociale dell'art. 3 e dell'esistenza dignitosa dell'art. 36, Cost., sarebbe predicabile della persona, quindi, sia del soggetto minore che maggiore, rendendo irrisolvibili i conflitti, in astratto e tanto meno in concreto, tra diritti ed interessi dell'uno e dell'altro. In più, la trascendenza della dignità rispetto alla soggettività dell'individuo rinvia ad un soggetto astratto, astrattizzato dalla concretezza della vita singolare, con l'esito del sostanziale svuotamento di ciò che è propriamente individuo e concretamente umano. Gioca, cioè, ambigualmente ora come limite all'autodeterminazione ora come suo fondamento, auto-contraddicendosi.

A questo punto, per delimitare la soggettività giuridica del minore occorre tessere la relazione tra minori e diritti nel testo costituzionale. I diritti riempiono di contenuto la libertà di quella persona.

5. *Gli status del minore*

Nella Costituzione la condizione del soggetto minore di età non è mai un fatto naturale, biologico, ma sempre un fatto qualificato dal diritto, nel senso proprio dell'ontologia sociale. Il fatto di essere minore di età è la base materiale a cui la Costituzione attribuisce qualità, valore, funzioni di *status* appunto. L'essere minore per il diritto costituzionale è, cioè, una costruzione culturale che 'qualifica' perché attribuisce qualità alla normatività naturale⁴⁴.

È lo 'stato' del minore propriamente costituito dalla Costituzione di uno 'Stato' che non è datità ma normatività. Lo Stato è il presupposto e, al contem-

⁴³ O. CAYLA, *Il diritto di lamentare danni. Analisi del caso (e dell'anti-caso) Perruche*, in O. CAYLA, Y. THOMAS, *Il diritto di non nascere*, Giuffrè, Milano, 2004, 44.

⁴⁴ Il minore partecipa così di ciò che è propriamente umano nell'uomo della Costituzione, astratto e concreto, culturale e naturale: così, profittando di Guido Alpa, L. TRUCCO, *Natura e sentimento nel diritto*, Mimesis, Milano, 2023, 55 e 59.

po, l'oggetto, il prodotto, della Costituzione che ne disegna la figura politica: è esistenza e norma, perché muove dalla condizione esistenziale, contingente, di ciò che è per diventare ciò che deve essere secondo i fini costituzionali, che ne sono la 'causa finale'. Nel suo diritto non sono il fatto, la vita, la natura, la biologia, che fondano il diritto come diritto e così non forniscono modelli ideali di diritto, criteri di giustizia sociale, etc., ma è il diritto che porta quei fatti ad una esistenza giuridica. I diritti naturali non esistono o esistono diritti naturali senza naturalismo: presuppongono di essere riconosciuti, ma solo una norma può prescrivere il vincolo del diritto alla natura. Anche laddove, agli artt. 2 e 29, quei diritti sembrano presupporre di essere riconosciuti come diritti naturali anteriori alla legge, è impressione fallace: è la norma costituzionale che prescrive il vincolo del diritto alla natura e non questa che limita quella. La Costituzione-norma, dover essere, non presuppone mai pre-condizioni 'esistenziali', date, ma le crea, le costituisce normativamente nelle relazioni che si costituiscono all'interno del testo. Non elide la naturalità, il fatto nella sua durezza, ma gli attribuisce significati. La realtà giuridica non coincide con quella naturale, secondo l'idea, propria del determinismo naturalistico o del biologismo determinista, che è ingiusto il diritto innaturale che viola le prerogative biologiche o la percezione, sempre neurobiologicamente fondata, che gli individui hanno della propria natura. Al contrario, la cultura trascende e non rispecchia la natura, secondo il contributo del pensiero critico che salva dalla monotona ricorsività di una natura e di un diritto invariabili. Ma poggia sempre sulla normatività naturale propria degli uomini in carne ed ossa: è il loro corpo, con la specifica dotazione biologica umana, che reca in sé la mente cosciente, critica, creativa, libera e, quindi, la possibilità della cultura e della storia e, con esse, del diritto. Dunque, solo nella persistente e irrisolvibile relazione tensiva tra natura e cultura può darsi la possibilità del diritto deliberato e non dato da sempre. Con un doppio movimento, infatti, è la natura che riscatta la possibilità della cultura e questa mette in forma quella. La norma costituzionale è, quindi, norma della possibilità e libertà, che giocano nell'aperto e non nel chiuso della necessità del determinismo naturalistico. È esattamente ciò che accade nella definizione di famiglia dell'art. 29. È sensato che tra lo 'stato di coppia' e lo Stato vi sia una qualche corrispondenza. Il primo è il modo più semplice, naturale ed immediato di stare insieme, di convivere, ma è già attraversato dalla tensione tra il sentimento e la ragione come lo Stato lo è tra la natura e l'artificio: tra stato di natura e stato civile, però, non vi è dualismo ma contiguità. È già una comunità, un microstato, quindi ha una minima organizzazione: come tale ha anch'esso un'esistenza normativa, è simbolico, rappresentativo, perché rinvia a qualcosa che trascende la natura ma non la elimina, nel medesimo modo in cui il generale e il collettivo trascende ma non elimina il particolare e il singolo. Qui, «non siamo di fronte all'assurdo di una norma costituzionale che fa «sorgere» una società naturale *dal* matrimonio», ma «la famiglia è una società naturale» nel preciso senso che «il vincolo matrimoniale [...] è null'altro che un rapporto giuridico che si aggiunge a quello

di fatto», al «profilo comunitario»⁴⁵, alla famiglia come stato di prossimità alla sfera di naturalità umana, dunque, luogo naturale ovvero originario, primordiale ed elementare degli affetti e della realizzazione della propria personalità secondo la naturalità dell'«impulso dell'uomo alla formazione della famiglia»⁴⁶. L'aggettivo naturale sarebbe, infatti, pleonastico se la famiglia protetta fosse solo la società fondata sul matrimonio; è, invece, sensato se la protezione costituzionale, *ex art. 2* ed *ex art. 29*, comma 1, include la famiglia «naturale» in quanto famiglia «di fatto»⁴⁷ e «luogo privilegiato della formazione della personalità adulta»⁴⁸. Dunque, la natura qui sta per fatto: è il sostrato di fatto, la naturalità di una entità sociologica, alla quale si attribuisce una qualificazione giuridica. Può essere, poi, che dall'art. 29, comma 1, sia ricavabile un favore, un privilegio o per lo meno una differenziazione per «la famiglia *ad instar naturae*»⁴⁹. Non scandalizza: la strutturazione umana in coppie ha contribuito alla conservazione della specie umana ed è la società intermedia più resistente nella storia dell'umanità. Ma è sempre la Costituzione che vincola alla natura. In più la naturalità della famiglia entra nel diritto già trasfigurata e trasformata in cultura. L'art. 29, infatti, nel riconoscere i diritti della famiglia «*come*» società naturale, appartiene al registro del 'come se' dell'intenzionalità. Compie una operazione di qualificazione e di valutazione della natura, ovvero la costituisce come valore e, quindi, come prodotto di una qualificazione giuridica: istituisce la natura. Il fondamento naturale così non prescrive un modello naturalisticamente determinato di famiglia e consente la pluralità di famiglie. In ogni caso, anche per il riconoscimento dei diritti della famiglia di fatto sono gli art. 2 e 29 che prescrivono il vincolo del diritto costituzionale alla natura e non è la natura che determina il diritto.

È per queste medesime ragioni e in questo medesimo senso che la condizione del minore è plurale. Gli *status* del minore non sono, nel significato antico, le condizioni predeterminate e permanenti di vita della persona, le appartenenze necessarie, le posizioni date una volta per tutte o le gerarchie naturali dell'ordine cetuale. Dentro la semplificazione del rapporto individuo/Stato, sono *status* molteplici, mobili e normativi: al soggetto minore sono attri-

⁴⁵ È l'interpretazione esperita per evitare la disintegrazione di senso dell'art. 29, comma 1, da P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 351-2, che si sostiene con il noto commentario di M. BESSONE, *Art. 29*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma 1976, 1 ss. La norma resta, invece, ossimorica per R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium Iuris*, 2000, n. 10, 1066 ss., perché è contraddittorio che «una "società naturale", preesistente al diritto, sia da questo riconosciuta solo quando assume precise connotazioni formali, determinate dal diritto stesso».

⁴⁶ Il virgolettato è tratto da M. LUCIANI, *I punti qualificanti della disciplina costituzionale dei rapporti etico-sociali. La famiglia*, in *Stato della Costituzione*, Il Saggiatore, Milano 1998, 153.

⁴⁷ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 355.

⁴⁸ *Ivi*, 370.

⁴⁹ Corte cost., sent. n. 221 del 2019; ma conf. ordd. nn. 276 del 2010 e 4 del 2011 e sent. n. 138 del 2010.

buite le qualità, i 'ruoli', di persona, di figlio e di lavoratore/cittadino, rispettivamente, nella società, nella famiglia, e nella comunità politica per colmare la differenza tra ciò che è e ciò che deve essere⁵⁰. Ma il soggetto minore non è presupposto. Quegli *status*, con movimento retroverso, costituiscono e definiscono il soggetto minore di diritto in funzione degli stessi diritti e doveri, poteri e obbligazioni, che gli riconoscono e che egli esercita, a dire ancora che i diritti del soggetto non hanno nulla di naturale, non legalizzano la natura e non determinano la realtà naturale: i soggetti del diritto esistono per il diritto, sono maschere, non sostanze o la sostanza è ciò che è *di diritto*. È precisamente l'esercizio individuo dei diritti che costituisce il sé del soggetto che li esercita: i diritti non sono la proiezione di ciò che il minore già è, ma sono il modo singolare con cui il minore si costituisce come quella persona, quel figlio, quel lavoratore e, quindi, diviene differente da ciò che naturalmente è. Ogni persona, ogni modo di considerare un uomo, da questo punto di vista, è persona giuridica, è *status* giuridico, è statuto, è volto coperto, è persona *rappresentativa*. Non significa affatto che la persona sia una finzione, una menzogna, un inganno, bensì solo che la persona è costituita giuridicamente, ma che è reale e non finta, immaginata o falsa. La psicoanalisi ci dice piuttosto che è il «volto nudo» ad essere «già di suo una maschera» e che non si è mai «autentici se non indossando una maschera e identificandosi appieno»⁵¹. Anche a lasciare perdere la psicoanalisi, la norma non è imprudente perché ha compreso i propri limiti: la normatività non è vuota, ma muove dalla naturalità e ne tiene conto.

Nei rapporti civili, il minore è l'uomo/individuo, la persona o il cittadino a cui è attribuita la titolarità dei diritti inviolabili di libertà. Non conta la giovinezza o l'anzianità perché la Costituzione disincarna il corpo, il fisico, il biologico, che viene trasfigurato nell'astrazione giuridica della 'persona', l'artefatto che dissocia il soggetto di diritto moderno dal corpo o nella costruzione del cittadino. Non vi è una alleanza biopolitica tra la legge e la medicina per disciplinare l'uomo del diritto in base all'età biologica. La Costituzione non dispone, infatti, limitazioni generali per il minore all'esercizio di quelle libertà. Non è incapace né naturale né legale: è uomo naturale e civile⁵². La

⁵⁰ Una elaborazione analoga del concetto moderno di *status*, quale presupposto e titolo, tra natura e cultura, di una pluralità di specifici diritti, poteri e doveri la si deve, nel diritto civile, a C.M. BIANCA, G. PATTI e S. PATTI, *Lessico di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1991, 730. Ne ricostruiscono utilmente una storia concettuale G. CIANFEROTTI, *Il concetto di status nella scienza giuridica del Novecento*, Giuffrè, Milano, 2013, ma soprattutto G. ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, Laterza, 1993, 30 e 205, che connota gli *status* moderni rispetto a quelli antichi perché questi erano a protezione dei più forti, quelli al contrario dei più deboli.

⁵¹ S. ŽIŽEK, *Libertà, una malattia incurabile*, Ponte delle Grazie, Milano, 2023, 318.

⁵² Qui, la dottrina costituzionalistica delle libertà incontra, da tempo, quella civilistica. Se P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione. Lezioni*, Cedam, Padova 1966, 31, scriveva che «sui diritti di libertà l'età non spiega, di regola, alcuna influenza» e, a seguire, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova 2003, 311 e P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino 2021, 80 ss., dicono che

soggettività giuridica del minore, la capacità giuridica dell'art. 22, è piena ma è propria di un soggetto, un uomo nella prospettiva universale e un individuo in quella singolare, in divenire: è allora possibile – perché il dover essere del minore non si dà senza il suo essere, la cultura senza la natura – che la legge, nello svolgimento della Costituzione, e la giurisdizione, nell'applicazione della Costituzione e della legge, stabiliscano le forme e i limiti all'esercizio della sua sovranità, incluse, sul modello della sovranità politica, le forme di rappresentazione di chi ha il dovere di mantenerlo, istruirlo ed educarlo, modulate sulla sua concreta capacità di intendere e volere⁵³. Nei rapporti etici, il minore è il figlio costituito dai diritti degli artt. 30 e 31. Il primo diritto è, significativamente, un diritto culturale, che però tiene conto delle condizioni materiali dell'esistenza. Il minore è, infatti, tale perché deve essere istruito, quindi etimologicamente fabbricato, costruito, composto, ed educato dai genitori, ma prima deve essere mantenuto per quello che è: è l'unità indivisa di corpo e mente. La dimensione biologica è il sostrato del soggetto di diritto, della qualità di figlio: il fatto della nascita, del legame genetico tra genitori e figli, rileva per il diritto perché l'art. 30, comma 1, vi ricollega l'insorgere di quel dovere e diritto. È corretto che «la verità biologica della procreazione» è «una componente essenziale» dell'interesse del minore perché garantisce al figlio «il diritto alla propria identità e precisamente alla affermazione di un rapporto di filiazione veridico»⁵⁴, ma a patto che non si perda l'altro pezzo dell'identità perché va escluso che «la verità biologica e genetica dell'individuo costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento»⁵⁵. Il comma 2 dell'art. 30 interrompe, infatti, il vincolo di diritto tra il minore e la famiglia di sangue nel caso di incapacità dei genitori: è misura eccezionale ma implica che la natura non determina i diritti, perché è sempre

nella titolarità dei diritti fondamentali positivizzati nel testo costituzionale non si può disgiungere «la titolarità astratta di diritti dall'esercizio concreto degli stessi», che solo giustifica la distinzione civilistica tra capacità giuridica (art. 1 c.c.) e capacità di agire (art. 2), nella dottrina civilistica, F.D. DONATO BUSNELLI *Immagini vecchie e nuove della tutela della salute del minore*, in A. BUCELLI (a cura di), *Identità e salute del minore. Problematiche attuali*, Pacini Editore, Pisa 2021, 14, afferma che «la protezione costituzionale dei minori non si risolve integralmente nel dogma codicistico dell'incapacità legale di agire», ma più radicalmente P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Jovene, Napoli, 1975, 263, 317, 332 ss., affermava che «l'età non è né può essere, nel disegno costituzionale e nella vigenza dei principi fondamentali, elemento che divide gli uomini in classi: al di sopra della maggiore età si è 'persone' completamente, al di sotto di quella si meno 'persona'».

⁵³ La giurisprudenza comune ha elaborato il criterio della modulabile capacità di discernimento del minore, ai fini, ad esempio, dell'imputabilità del minore per fatto illecito ex art. 2043 c.c., in disparte la autonomia responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c. e il legislatore ne ha graduato le facoltà in funzione dell'età, stabilendo convenzionalmente, sulla base della comune esperienza, l'età idonea per l'ascolto obbligatorio, facoltativo, etc., nonché dal lato dei doveri la soglia minima per l'imputabilità ai fini della responsabilità penale, etc.

⁵⁴ Corte cost., sent. n. 170 del 1999; ma in termini analoghi sentt. nn. 216 del 1997; 322 del 2011; 272 del 2017 e 127 del 2020.

⁵⁵ Corte cost., sent. n. 272 del 2017.

il diritto che si vincola alla – e quindi svincola dalla – natura. A conferma del suo antinaturalismo, il diritto costituzionale positivo non discorre mai di figli ‘naturali’, ma di figli nati fuori dal matrimonio, come non discorre nell’art. 2 di diritti naturali bensì di diritti inviolabili. Ma soprattutto il verso della Costituzione è, in direzione ostinata e contraria al naturalismo, la parificazione nei diritti tra i figli che sono tali per natura e i figli ‘legittimi’, tra la natura del fatto generativo e il rapporto giuridico che si aggiunge. La famiglia è legittima non già in opposizione a quella illegittima, ma nella distinzione da quella naturale. Per ciò stesso, però, non implica la medesimezza tra naturalità e legittimità, tra ciò che è naturale e ciò che è legittimo. Resta lo scarto perché l’art. 30, comma 3, discorre di «compatibilità» di ogni tutela giuridica e sociale assicurata dalla legge ai figli nati fuori dal matrimonio «con i diritti dei membri della famiglia legittima»: ma ciò significa non già diversi diritti, pena l’incoerenza del testo che contiene quella straordinaria livellatrice delle differenze delle vite naturali degli uomini che è il principio di eguaglianza dei cittadini⁵⁶, ma che quei figli continuano a non fare parte del rapporto giuridico della famiglia legittima. Nei rapporti sociali ed economici, il minore è il destinatario delle provvidenze a favore della famiglia di cui fa parte, è lo studente da istruire o il capace e meritevole, ma bisognoso, da coltivare, nonché il lavoratore da tutelare con norme speciali. Partecipa, quindi, del corpo socio-economico e perciò stesso della comunità politica, considerata l’inclusione dei lavoratori nel processo di decisione politica *ex art. 3, comma 2*. Una connotazione biopolitica emerge, però, nel riferimento all’infante o al giovane, svincolato dalla dimensione filiale, da proteggere *ex art. 31, comma 2*, e al bambino di madre lavoratrice dell’art. 37, comma 1. Infine, nei rapporti politici, la capacità giuridica dell’art. 22 del minore di età, che è parte del popolo, fonda la massima espansione dei diritti politici del cittadino in costruzione. Nella Costituzione, contro le teorie moniste, non vi è identità tra popolo e Stato, ma la persona, l’identità dell’individuo, è legata, tramite la cittadinanza, all’identità dello Stato. La sola espressa esclusione dalla città che colpisce il minore pertiene al diritto di voto *ex art. 48*. Da qui può ricavarsi il fondamento nel testo costituzionale della, limitata, possibilità dello scarto tra la capacità giuridica e quella di agire del minore, generalmente riservata, nel diritto privato, alla maggiore età: il diritto di voto costituisce, infatti, l’atto tipico della partecipazione del soggetto alla comunità politica come il contratto lo è della società civile⁵⁷.

⁵⁶ H. ARENDT, *Il tramonto dello stato nazionale e la fine dei diritti umani*, in EAD., *Le origini del totalitarismo (1951)*, Einaudi, Torino, 2009, 417-8.

⁵⁷ R. MANFRELOTTI, *La legge Basaglia nel contesto della realizzazione giurisdizionale dei diritti della persona*, in *BioLaw Journal*, 2024, n. 4, 88. Quell’idea fa capolino, approfittando dell’elaborazione teorica di S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947, 190-1, in C. LAVAGNA, *Capacità di diritto pubblico*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 1960, 101-2, che distingue la capacità giuridica, che, come qualità del soggetto di diritto e attitudine alla titolarità e all’esercizio di situazioni giuridiche soggettive, si può limitare ma non escludere, dalla capacità di agire degli artt. 22 e 38, commi 2 e 3 e dalla capacità politica

In una, nel diritto costituzionale vigente gli *status* del minore, tanto contro la dicotomia tra natura e cultura, quanto contro la simbiosi e la confusione tra il biologico e il legale, vivono nella tensione fra innato e acquisito: aggiungono al sostrato naturale una costruzione culturale, che è il prodotto dell'azione dell'intenzionalità collettiva.

5.1. *La natura e la cultura*

Nello spazio costituzionale aperto dallo scarto tra il naturale e il legale il diritto legislativo non deve né legalizzare la natura né naturalizzare ciò che è legale.

Nella Costituzione, infatti, il sangue rileva ma non scrimina la condizione del minore nel suo *status* giuridico di figlio. In particolare, se dall'art. 30, commi 1 e 3, si trae la norma generale di equiparare negli effetti giuridici i figli nati fuori dal matrimonio a quelli nati dentro, è costituzionalmente fondato lo stato giuridico unico di filiazione, che sgancia lo stato di figlio dallo stato di famiglia. Non è però segno che il *favor veritatis* o *naturae* prevale sul *favor legitimatis* o *iuris*⁵⁸, ma, al contrario, è segno che la potenza del diritto neutralizza la natura perché la trasfigura in uno stato giuridico: la natura differenzia e il diritto livella. Va nella stessa direzione il riconoscimento del medesimo *status* ai figli incestuosi avvenuto per effetto della giurisprudenza costituzionale che ha rimosso il divieto legislativo per i figli concepiti da soggetti appartenenti alla stessa cerchia familiare di ottenere lo *status filiationis* attraverso la dichiarazione giudiziale della paternità e maternità naturale e ha così posto fine alla loro «*capitis deminutio*»⁵⁹. Ma, così facendo, ha sottratto la qualificazione giuridica del soggetto, con i suoi diritti e doveri, a quel particolare stato di natura: ciò che conta è che sono figli per il diritto. È per questo che, in direzione opposta, l'antinaturalismo del diritto ha potuto fondare, senza contraddirsi, l'inclusione nello stato unico, accanto alla filiazione naturale e a quella legittima, della filiazione sociale. Come ebbe, infatti, a dire la Corte costituzionale, il diritto educativo dei genitori del sangue ha costituzionalmente «un carattere <funzionale>», che «sta e viene meno in relazione alla capacità di assolvere i compiti previsti nel primo comma dell'art. 30 della Costituzione»⁶⁰. Il principio di eguaglianza

dell'art. 48, comma 1, entrambe escludibili in base all'età. Ma, come detto, nel diritto pubblico resta controversa la rilevanza della distinzione civilistica tra capacità giuridica e capacità di agire e, comunque, la derivabilità di tale scissione dall'art. 48: basti, G. ABBAMONTE, *Età, d) Diritto pubblico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, Giuffrè, Milano, 1967, 92 ss. Ricapitola i termini del dibattito a ordinamento vigente C. DI COSTANZO, *La persona minore di età nell'ordinamento costituzionale: alcuni spunti su capacità e diritti del minore*, in *Bioetica*, 2023, n. 3, 1 ss.

⁵⁸ M. BESSONE, *Art. 30-31*, in *Commentario*, cit., 94 scriveva che da quelle disposizioni si sarebbe ricavata la «preminenza del fatto della procreazione sulla qualificazione giuridica della filiazione».

⁵⁹ Corte cost., sent. n. 494 del 2002.

⁶⁰ Corte cost., sent. n. 11 del 1981.

e il *favor minoris* hanno fatto il resto a sostegno della unicità della condizione giuridica dei figli, sganciata non solo dalla famiglia ma anche dal matrimonio.

Ma, in entrambe le direzioni, è esattamente lo scarto – e non l'identificazione o, al lato opposto, la dicotomia – tra il diritto e la natura ciò che consente di equiparare giuridicamente il pluralismo di fatto tra i figli della famiglia di sangue e quelli della famiglia di affetti e, quindi, di rendere irrilevanti per lo stato giuridico della filiazione dell'art. 315 del codice civile gli aggettivi legittimi, naturali e adottivi. È ciò che fa dell'identità di figlio un significato⁶¹. È ciò che lo libera perché è ciò che emargina la logica dell'appartenenza esclusiva e del 'confitto di fedeltà' tra natura e cultura, tra il legame di sangue e quello sociale: l'assolutizzazione del primo identifica il figlio con la sua carne, con il corpo; il secondo lo trasforma in puro artefatto, in una costruzione sociale irreale. Così, a prova del salto che sempre permane tra diritto e natura, la giuridicizzazione della natura e, quindi, la cultura nella filiazione adottiva non ha escluso la contestuale ricerca della migliore relazione del figlio adottato con il genitore biologico e con la famiglia di origine. Nella giurisprudenza costituzionale ha fondato la disgiunzione della «genitorialità giuridica», irreversibilmente rinunciata, dalla «genitorialità naturale», la cui rinuncia è invece reversibile e ha sancito, attingendo alla scelta costituzionale di «favorire, per sé stessa, la genitorialità naturale», la fine del dogma della segretezza dei genitori biologici: deve infatti essere sempre consentita la revoca della scelta per l'anonimato della madre biologica su iniziativa del figlio adottato, titolare del diritto a conoscere le proprie origini ai fini della tutela dei suoi diritti fondamentali⁶². È vero che la separazione tra la famiglia biologica e la famiglia adottiva è tornata più rigida nella decisione n. 183 del 2023, che per l'adozione 'piena' discorre di «rinascita nella famiglia adottiva». Resta però che la Corte, interpretando conformemente a Costituzione l'art. 27, comma 3, l. n. 183 del 1984, distingue tra «rapporti giuridico-formali» e «relazioni socio-affettive» con la famiglia di origine: la disposizione prescrive la cessazione dei primi, ma non delle seconde, che compete al giudice nel caso concreto valutare secondo il preminente interesse del minore alla sua identità⁶³. Ma al contempo quello scarto ha fondato nell'adozione nei casi particolari il diritto del minore, che mantiene il rapporto di filiazione e di parentale con la famiglia biologica, alla piena inclusione nelle relazioni parentali della famiglia adottiva⁶⁴, nonché la

⁶¹ Nelle parole della Corte costituzionale lo *status filiationis* è il «nucleo dell'identità giuridica e sociale della persona» e «la rappresentazione sintetica della personalità individuale, che nel tempo si arricchisce progressivamente di significati»: sent. n. 131 del 2022.

⁶² Corte cost., sent. n. 278 del 2013.

⁶³ Sulla recisione dei rapporti con la famiglia biologica quale *extrema ratio* secondo la Costituzione vigente F. FERRARI, *Interesse del minore e tecniche procreative. Principi costituzionali e ordine pubblico*, FrancoAngeli, Milano, 2022, 30 ss.

⁶⁴ Corte cost., sent. n. 79 del 2022. La rilevanza dei «rapporti affettivi sull'identità personale» e quindi «la valorizzazione di una storia affettiva» nell'interesse del figlio è tornata in Corte cost., sent. n. 5 del 2024.

rilevanza dei «rapporti affettivi sull'identità personale» e «la valorizzazione di una storia affettiva» nell'adozione del maggiorenne⁶⁵. Con coerenza, la coesistenza di innato e acquisito vive nella giurisprudenza costituzionale sul nome e, quindi, sulla costruzione dell'identità personale del minore⁶⁶: il figlio naturale può conservare il cognome originario unitamente a quello del genitore che lo ha successivamente riconosciuto e il figlio naturale non riconosciuto può aggiungere al cognome adottivo quello originariamente attribuito perché il nome è segno dello «*status* identitario acquisito» della persona nella vita di relazione ed è profilo innato della «personalità naturale»⁶⁷. È l'identità della persona naturale e civile.

Il punto di vista della filiazione sociale potrebbe, infine, dirci qualcosa sul minore/figlio di madre surrogata. Per la Costituzione non fa problema il padre. Dalla disposizione dell'art. 30, ultimo comma, secondo cui «la legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità», si ricava la de-biologicizzazione e la de-naturalizzazione della nozione di padre perché separa la nozione di genitorialità biologica da quella di «genitore legale (anche se non legittimo) che è l'unica qualifica che abbia rilievo costituzionale»⁶⁸. La paternità deve, infatti, essere ricercata, ricostruita, mediante prove, storicamente mutevoli: non c'è un padre già da sempre dato. Anzi, dall'art. 30 può più estesamente dedursi⁶⁹ che la Costituzione «non ha attribuito un valore indefettibilmente preminente alla verità biologica rispetto a quella legale», ma ha, al contrario, attribuito «prevalenza al consenso alla genitorialità e all'assunzione della conseguente responsabilità rispetto al *favor veritatis*». Il che, però, significa anche che la maternità, che non deve essere provata, è sempre e soltanto da accertare ovvero che è il fatto certo del parto e, quindi, il fatto della nascita, del legame tra neonato e partoriente, a fare di una madre una madre: la Corte discorre di una «esperienza profondamente naturale ed emotivamente intensa come la maternità»⁷⁰. Lo conferma l'art. 37, comma 1, che implica la costituzione della relazione di maternità a partire dal fatto storico del parto e dalla condizione di donna: la madre, il soggetto che procrea, è anche una donna. Potrebbe dirsi che, comunque, lo *status* di donna per il diritto, per la legge, non coincide necessariamente, realmente, con le prerogative biologiche e anatomiche, come sostengono le teorie di genere che distinguono il 'sesso' dal 'genere' femminile e come dimostra la legislazione sul diritto alla rettifica del sesso. Ma l'art. 37 non contempla la possibilità di scarto tra l'essere madre e l'essere donna:

⁶⁵ Corte cost., sent. n. 5 del 2024.

⁶⁶ Il passaggio del nome del minore dalla logica proprietaria a quella della personalità, della qualità della persona individua, è in Corte cost., sentt. nn. 13 del 1994; 297 del 1996 e 120 del 2001.

⁶⁷ L. TRUCCO, *Natura e sentimento*, cit., 98.

⁶⁸ C. ESPOSITO, *Famiglia e figli*, cit., 150.

⁶⁹ Come deduce Corte cost., sent. n. 127 del 2020, ma già sentt. nn. 216 del 1997; 170 del 1999; 322 del 2011 e 272 del 2017.

⁷⁰ Corte cost., sent. n. 272 del 2017.

chi si sente solo donna, ma non ne ha le qualità anatomiche, non potrà essere partoriente. Ad ogni modo tutto ciò riguarda l'identità di madre, determinata dalla nascita di un figlio. Ma il favore per la madre partoriente non toglie che, se la madre gestante rinuncia ai propri diritti e doveri della genitorialità, non è genitore secondo lo *status* costituito dal dovere/diritto dell'art. 30, comma 1. Ciò vale nel caso della surrogazione di maternità, proprio come è valso nel caso di non riconoscimento o abbandono del neonato. Quindi, rientra nello spazio del costituzionalmente possibile attribuire rilevanza giuridica ai genitori committenti, intenzionali o sociali⁷¹, biologici o meno che siano, un po' come l'incapacità dei genitori dell'art. 30, comma 2, ha fondato l'istituto dell'adozione e, quindi, la scissione tra la madre, lì sia biologica che di parto e il genitore sociale. Il criterio del miglior interesse del figlio/bambino potrebbe, poi, convertire il costituzionalmente possibile in costituzionalmente necessario: una volta nato, infatti, l'interesse del figlio è argomento che sostiene le pretese di genitorialità sociale o intenzionale, il riconoscimento dello *status* di figlio, persona e cittadino, evitandone l'iscrizione ai nati non riconoscibili, e, comunque, la soluzione in concreto più adeguata per inserire il figlio nella famiglia intenzionale, quale, a diritto legislativo vigente, l'estensione dell'adozione nei casi particolari, prevista dall'art. 44, primo comma, lett. d) della legge n. 183 del 1983.

Però, dalla giurisprudenza costituzionale sulla gestazione per altri emerge la recessività, piuttosto che la superiorità, dell'interesse del bambino, laddove la Corte ha ritenuto non solo che «l'interesse del bambino non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco», ma soprattutto che «gli interessi del minore dovranno essere allora bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore»⁷². È invero un argomento inusuale e discriminatorio. È inusuale perché l'interesse del minore ha generalmente funzionato come il super-argomento idoneo a chiudere ogni discussione. È discriminatorio rispetto alla superiorità riconosciuta all'interesse del figlio nel caso di figli incestuosi, quindi sempre di figli di condotte penalmente rilevanti⁷³. Ciononostante, il punto di vista del figlio/bambino non pare, comunque, sufficiente per sostenere, contro la giurisprudenza costituzionale, il diritto costituzionale delle coppie omosessuali alla procreazione e quindi all'accesso alle pratiche di procreazione medicalmente assistita o di gestazione per altri: occorre prima dimostrare che il diritto a procreare è un diritto costituzionale, che la Costituzione, laddove all'art. 31 dispone letteralmente di proteggere la

⁷¹ La categoria è in Corte cost., sentt. nn. 32 e 33 del 2021, 79 del 2022, 131 del 2022 e 183 del 2023.

⁷² Corte cost., sent. n. 33 del 2021, ma già sent. 272 del 2017.

⁷³ Come rileva R. BIN, *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore. Conclusioni*, in *BioLaw Journal*, 2021, n. 3, 147 ss.

maternità, consente la scissione tra l'atto sessuale e la procreazione, dunque, consente la procreazione artificiale e che i genitori, la madre e il padre, possono essere dello stesso sesso. Ma lo scarto tra la natura e la cultura, su cui si fonda il dover essere del diritto costituzionale, potrebbe aiutare a impostare e risolvere diversamente dalla giurisprudenza costituzionale queste questioni preliminari.

6. *L'essere minore*

La costituzionalizzazione degli *status* del minore, che è tutt'uno con la politicizzazione e la de-naturalizzazione del soggetto, si fonda su una matrice comune: tutte le disposizioni costituzionali che regolano specificatamente la condizione del minore sottendono una logica garantistico-difensiva, immunitativo-protettiva, di chi è minore.

La cifra narrativa comune è, infatti, il dispositivo tutorio. Specificatamente, l'art. 29 «garantisce», l'art. 30 «assicura», l'art. 31 «protegge» e l'art. 37 «tutela» e, di nuovo, «garantisce» i minori. Presuppongono un'identità fissa, una essenza di quella identità⁷⁴, una condizione di separatezza e una deroga o, come si legge di sovente nella giurisprudenza costituzionale sulla condizione del minore, di privilegio. Solo, infatti, la difesa, la garanzia, di qualcosa di pre-costituito, di isolato e separato dall'altro, di realtà intangibili, richiede *tutela*, che è dispositivo essenziale alla conservazione dell'ordine costituito. Quella che si tutela è sempre una condizione necessaria, perché esistenziale. Rinvia all'antropologia negativa delle *discrete and insular minorities* della giurisprudenza della Corte Suprema americana degli anni '40, che, in quanto argomento contro-maggioritario, presuppone una concezione difensiva di chi è minore e minoranza, che sempre rinvia a una maggioranza. I minori appaiono l'ultima minoranza, necessaria e non volontaria.

Ma riconoscersi, identificarsi, nella propria separatezza da qualcosa porta con sé sempre quel qualcosa che, immancabilmente, diviene il centro, il modello, di ciò che si separa: la deroga presuppone la regola. È una logica interna a quella di chi è 'maggiore' e di chi è 'maggioranza'. È la tutela, la garanzia, della minoranza che pre-esiste come qualcosa di minore rispetto alla maggioranza: è la logica della riserva indiana, del resistere dei meno dinnanzi ai più. Ma per ciò stesso è meccanismo di ricarica interna dell'essere maggiore e maggioritario. Di essa è, dunque, al più predicabile un pluralismo limitato, quel pluralismo che accetta, che tollera chi è minore ma che non lo perequa, non lo livella come parte davvero uguale.

A conferma, nel testo costituzionale i modelli di raffronto della garanzia, della tutela e della protezione dei minori sono i figli della famiglia legittima, i figli di genitori capaci, il lavoro adulto e maschile e così via. Chi protegge è, infatti, il padre, anzi il *potere paterno* o il *patriota*, che nell'origine pro-

⁷⁴ Discorre di «essenza» del rapporto di filiazione Corte cost., sent. n. 394 del 2005.

to-indoeuropea rinviano, appunto, all'azione di protezione. Dunque, i minori esistono, sono identificati, riconosciuti, a partire dal modello, in posizione di inferiorità, di *minorità*, logica prima che giuridica. Ne segue che il minore non è un soggetto differente dal maggiore, ma appartiene al medesimo paradigma, perché tende al medesimo modello. La condizione del minore è una condizione sopportata, finché non si diviene maggiore o come chi è maggiore, che è lo schema da imitare. Ma così elide la differenza e viola l'eguaglianza sostanziale, consapevole delle differenze. Per questo, però, il minore che è specchio, imitazione, del maggiore e della maggioranza è e sarà sempre, per definizione, conservatore. Questa Costituzione minore è, in una, l'apologia di chi è maggiore. Sempre per questo, il meccanismo della 'tutela', la concezione identitaria del minore, ha poco a che vedere con la libertà o, meglio, con il pensiero della liberazione, della emancipazione del minore e con il pluralismo. È un non senso chiedere la protezione della propria autonomia. Tutelare significa, infatti, assoggettare: ma questo pone il problema di quale sia il limite da non superare per non trasformare il *soggetto* da tutelare in oggetto, fino a che punto il soggetto possa essere *assoggettato* senza perdere la propria soggettività, con buona pace dell'autodeterminazione del minore. Ma l'insidia è nello stesso principio di autodeterminazione che, nell'etimo, rinvia a *terminus*, alla apposizione di confini, a ciò che è netto, definito perché limitato. L'autodeterminazione del minore definisce soggettività sovrane e immuni nei loro confini, appunto insulari. Il problema è che, nel caso del minore, la soggettività è già naturalmente, prima che giuridicamente, un divenire, una costruzione incompiuta, il cui compimento non è la chiusura dei confini, che presuppongono una soggettività data, ma la loro apertura.

7. Il divenire minore

Il testo costituzionale reca, però, in sé inscritta anche la possibilità di una concezione diversa, *differente*, di minore, quale parte eguale o, finanche, di individuo minoritario che non duplica, non riproduce su piccola scala, il discorso di chi è maggiore e maggioranza. È la concezione comunitaria, plurale, mobile, che porta al *divenire* minore e che attinge alla dottrina americana del pluralismo comprensivo come ideale critico controfattuale che sostiene la norma sostanziale fondamentale delle Costituzioni pluraliste⁷⁵. Non sottende l'identità del minore come pensiero della separazione, di ciò che è dato, identificato, necessario, esistenziale, ma rinvia alla relazione, alla differenza interna all'identità. Il che non significa solo banalmente che l'identità del minore è relazionalità tra il sé e gli altri, ma che la relazione comunitaria del minore

⁷⁵ Si attinge alla dimensione normativa del pluralismo comprensivo come metodo dell'interpretazione giuridica nelle Costituzioni pluraliste di M. ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto tra etica e politica*, il Mulino, Bologna, 2000, spec. 336 ss.

nella famiglia, nella società e nella comunità politica modifica sia il sé che l'altro ovvero la struttura del 'sé' è struttura del 'con'.

Il fondamento testuale del minore come libertà 'di', autonomia mobile, differenza e divergenza e non fissità da controllare è l'art. 2 della Costituzione, la priorità dei diritti dell'uomo come singolo prima che come associato: è il primato dell'individuo sulla «formazione sociale», con quel tanto di costrizione che questa porta sempre con sé, del minore sulla famiglia e sulla società, è la priorità della differenza in quanto differenza rispetto alla differenza-identità. Si sviluppa e si rafforza nelle disposizioni che riconoscono al minore (uomo/cittadino) i diritti di libertà e in particolare il diritto all'opinione dissenziente, cuneo di contraddizioni e di alterità, implicato dall'art. 9, cioè dalla *promozione* della 'cultura', nonché dagli artt. 18, 19, 21 e 49. Così come il diritto di esistere del minore, in quanto diverso, lo si trova nell'art. 10: la condizione di chi non vota è, infatti, simile a quella dello *straniero* nella città. La disposizione dell'art. 2 e i suoi corollari sono, però, insufficienti a disegnare un ordinamento pluralista autenticamente comprensivo e, quindi, il minore come parte eguale. Il polo della libertà può al più garantirne la versione limitata, che accetta le differenze che esistono di fatto, ma conserva chi è maggiore; non garantisce – come richiede il principio comprensivo – la perequazione di tutte le parti, di tutte le concezioni del bene, la loro coesistenza imparziale, che presuppone la libertà ma che non ne è necessariamente implicata. Ma anche il diritto all'eguale trattamento ha fondamento costituzionale. Si fonda sulla logica livellatrice, a-gerarchica, dell'uguaglianza e dell'imparzialità degli artt. 3 e 97. La logica promozionale e non difensiva del «pieno sviluppo della persona umana» dell'art. 3, comma 2, è la norma che restituisce il dover essere del pluralismo comprensivo ed egualitario. Vale soprattutto per il minore, per la persona in divenire. La seconda livella le parti, le include e destituisce, in nome dell'imparzialità, la preminenza di una sull'altra. Il livellamento non implica identità, non implica tensione del minore al modello maggioritario, che neppure esiste in un pluralismo che sia tale. All'uguaglianza come identità l'interpretazione pluralista oppone l'uguaglianza come differenza: nella prima l'altro riproduce l'io, il sé, gli omosessuali rivendicano un riconoscimento ufficiale dei matrimoni omosessuali; nella ricerca dell'uguaglianza come differenza, invece, si cercano regolazioni differenti o addirittura libertà dalle regole delle tradizionali relazioni coniugali⁷⁶. La co-esistenza di tutte le parti, la comprensione di tutte le concezioni, incontra il solo limite della conservazione della Costituzione. Nel linguaggio del diritto costituzionale vigente,

⁷⁶ L'esempio è tratto da M. ROSENFELD, *op. cit.*, 415. Ma un qualche assonanza la si rinviene in quella giurisprudenza costituzionale che, come la decisione n. 166 del 1998, contro l'omologazione, ha considerato che «la convivenza *more uxorio* rappresenta l'espressione di una scelta di libertà dalle regole che il legislatore ha sancito in dipendenza dal matrimonio: da ciò deriva che l'estensione automatica di queste regole alla famiglia di fatto potrebbe costituire una violazione dei principi di libera determinazione delle parti».

l'altro, il diverso, il minore, è accettato, meglio promosso, finché non viola la Costituzione e, primi fra tutti, i diritti costituzionali dell'altro, i suoi diritti all'eguale libertà e all'eguale trattamento: dall'ipotesi pluralista di minoranze sono escluse quelle antipluraliste⁷⁷.

Il fondamento costituzionale, individuale ed egualitario, fa del minore una minoranza che, costitutivamente, è spirito critico della maggioranza, del modo di esistere di chi è maggiore e per ciò stesso vuole restare tale, non vuole *divenire* maggiore. Ma al contempo è la minoranza che non perde la natura critica nei confronti di se stessa, che non è fedele a se stessa e che quindi si percepisce come un divenire in costruzione e non un essere da cui partire ed a cui tornare.

Ciascuno di noi ha allora il diritto di *divenire* minore: il divenire non è un dato di fatto, ma un movimento, una linea di fuga, una decisione, una scelta. E il divenire non è una riproduzione o un'imitazione, ma è un'eccedenza, un plusvalore. La concezione difensiva di minore è rovesciata: nel divenire non è il minore che imita la maggioranza, ma è il maggiore che può divenire minore, che si de-centra, che impara a 'balbettare', che diviene straniero nella propria lingua nel preciso senso della «letteratura minore» di Deleuze e Guattari. «Una letteratura minore non è la letteratura d'una lingua minore ma quella che una minoranza fa in una lingua maggiore», è qualcosa di diverso da «una letteratura d'autore o di maestri», ma non è neppure una «letteratura marginale» rispetto a quella «grande (o stabilita)»: è piuttosto «un esercizio minore d'una lingua anche maggiore»⁷⁸. L'uso minore, *intensivo*, della lingua maggiore, spinta fino al suo valore limite, alla sua soglia estrema, sostiene teoricamente un nuovo punto di vista da cui guardare alle questioni del minore e della sua identità. Abituata all'idea che il minore non è chi deve uscire da una condizione di inferiorità, di incapacità, di inabilità per divenire maggiore e che il maggiore non è il 'grande', il 'maestro'. Anzi, può imparare dal minore l'uso diverso, minore, della sua lingua maggiore e, nell'usarla intensamente, può trasformarla, può attenuarne la funzione *maggiore*, oppressiva. «Kafka parla di strappare il bambino dalla culla, di ballare su una corda tesa»⁷⁹.

Se si traduce questo pensiero della differenza, non senza un poco di violenza, nel linguaggio giuridico, la tutela del minore non è più la sua riserva indiana, la protezione e la difesa del minore incapace, inferiore, insufficiente, ma è la rivendicazione della differenza, della creatività dell'io minore, che ne costituisce l'identità.

⁷⁷ Al paradigma della protezione della Costituzione e al limite all'inclusione rinvia la XII disp. trans. e fin.

⁷⁸ J. DELEUZE, F. GUATTARI, *Kafka. Per una letteratura minore*, Quodlibet, Macerata, 2010, 29 ss.

⁷⁹ *Ivi*, 35.

8. La costruzione dell'identità minore

Passare dall'essere minore al *divenire* minore e, quindi, da una eteronomia mascherata, ma rassicurante ad una autonomia rischiosa non significa emarginare l'identità del minore, che tanta parte ha nella soluzione dei conflitti di tono costituzionale che lo riguardano o svuotarla di contenuto, di materia. Implica, però, l'abbandono di una concezione fissista, essenzialista, di identità come «identicità»⁸⁰.

Potrebbe allora pensarsi all'inversione della relazione che dal padre va al bambino. Volgarizzando Freud, nell'ordine psicologico e non biologico, una frase di Wordsworth, «il bambino è il padre dell'uomo»⁸¹, posto in esergo di questo scritto, ricorda all'uomo, che ha perso la memoria dell'infantile, chi era suo padre. Il bambino è creativo, è procreatore dell'uomo, perché non è primitivo, non rinvia ad uno stato nascente dell'umanità, ma attinge nella sua storia individuale alla storia della specie, alla ripetizione di ciò che è stato, alla filogenesi che si riattiva nell'ontogenesi. Dunque, il bambino è il padre dell'adulto, ha una funzione paterna, nel senso che è principio generatore. Più precisamente, il bambino è la verità inconscia che permane nell'adulto: il bambino invecchia, ma l'infantile è senza età, quindi, l'inconscio della vita psichica è infantile. Così, il bambino codetermina l'essere dell'adulto. Il bambino, però, non esiste perché è difficile abitare la propria infanzia, ma la raggiunge *après-coup*, come adulto infantile. Alla fine della serie, l'adulto si sperimenta figlio del bambino. Questa inversione è stata tradotta in termini biologici nella decrescita che dall'adulto va al bambino. Permettendoci un'evasione letteraria, «Un bebè di quattordici lustri [...] E un bastone, babbo. Voglio un bastone [...] Come mi chiamerai, papà? [...] Penso che ti chiameremo Matusalemme [...] I genitori [...] davano sempre l'impressione in un certo senso, di avere soggezione di lui e nonostante l'autorità dittatoriale che esercitavano sul figlio spesso lo chiamavano “signore” [...] furono anni di normale decrescita»⁸². Ma, in fondo, in entrambi, nell'*après-coup* come nella decrescita, non si esce dalla logica di una qualche linearità dello sviluppo, poiché l'inversione presuppone il verso seppure rovesciato e della ricerca di una identità che sa sempre di passato, di essere identici a se stessi.

⁸⁰ P. RICOEUR, *Sé come un altro*, Jaca Book, Milano, 1993, contrappone l'identità derivante dall'individualità (*selfhood*) all'identità derivante dall'identicità (*sameness*). Più in generale, la polemica contro una concezione fissista ed essenzialista dell'identità, ricostruita nella relazione identità/differenza, è in Roland Barthes. Nella dottrina costituzionalistica sul «divenire» identità A. CERRI, *Libertà, eguaglianza, pluralismo nella problematica della garanzia delle minoranze*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1993, 289 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. IX, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1989, 20 ss.

⁸¹ S. FREUD, *L'interesse per la psicoanalisi*, 1913, in ID., *Opere 7, Totem e tabù e altri scritti (1912-1914)*, vol. VII, Bollati Boringhieri, Torino, 2013, 3144.

⁸² F. SCOTT FITZGERALD, *Il curioso caso di Benjamin Button*, in ID., *Racconti*, Feltrinelli, Milano, 2014, 9 ss.

Nel *divenire* minore della norma costituzionale pluralista ed egualitaria, invece, l'identità del minore va pensata a partire dalla differenza, dalla differenza in quanto tale, che è, questa sì, l'essenza della sua identità, dell'identità della differenza, in cui l'identità non si distingue dalla differenza⁸³. L'identità del minore implica, infatti, il sé che è anche un altro: implica l'essere-in-relazione, l'essere-con, ove è il «con» a fare il «sé»⁸⁴ e «essere-con significa far senso in modo vicendevole»⁸⁵. Nella Costituzione democratico-pluralistica l'autodeterminazione del minore non rimanda, cioè, ad una soggettività insulare, ma una concezione relazionale dell'identità, che non significa né sovranità del minore né obbedienza del minore. Così, nella relazione fondativa con i genitori, questi consentono al figlio l'*autonomia* morale per resistere alle pressioni sociali dei suoi pari e il figlio attiva la loro *autorità* morale. «L'educazione non è forse in primo luogo il necessario ordine del rapporto tra le generazioni e dunque, se di dominio si vuole parlare, il dominio non dei bambini [da parte degli adulti], ma di quel rapporto?»⁸⁶. Significa non solo che l'identità è relazionalità tra il sé minore e gli altri, ma che l'io, il sé, è già un altro, perché la relazione familiare, sociale e comunitaria modifica sia il sé che l'altro: l'identità minore è allora costitutivamente apertura e non chiusura dei confini. Il *divenire* della persona minore è un processo sempre incompleto. Significa che la sua identità non gli pre-esiste ma esiste solo nell'integrazione e non nella separazione, nella pluralità delle relazioni, delle appartenenze e delle intersezioni, che non si escludono a vicenda ma co-esistono e svelano il *cum*, ciò che le unisce-distingue. Quell'identità dipende quindi dalle altre parti e dal tutto: l'identità individuale è una costruzione sociale, non esiste in natura. L'identità, con il suo «mandato simbolico»⁸⁷, è sempre rappresentativa: io sono io, sono quello che sono, perché sono quello che rappresento ma lo sono perché gli altri mi trattano, mi riconoscono, come tale; l'autoidentificazione non è mai separata dalla eteroidentificazione. È 'lotta per il riconoscimento' ma non tra servo e padrone. Con le parole dell'art. 30 della Costituzione, l'istruzione, ossia la costruzione e la fabbricazione del minore e l'educazione, la sua formazione, sono procedimenti artificiali che funzionano – e torniamo all'inizio, alla forma politica del divenire minore – un po' come il dispositivo rappresentativo. Non ci si riferisce alla rappresentanza privatistica del genitore o del terzo che sta al posto del minore nel compimento del singolo atto, ma alla rappresentazione politica. La rappresentazione pone la regola di come deve essere il popolo ma muove da un popolo reale che esiste. Allo stesso modo, l'identità del minore

⁸³ Sulla scia di Heidegger, della co-appartenenza di identità e differenza, la differenza in quale tale, la differenza *stessa*, è, semplificando molto, il non-punto comune del pensiero della differenza di Lévinas, Nancy, Ricoeur, Foucault, Deleuze, Derrida...

⁸⁴ J.-L. NANCY, *Essere singolare plurale*, Einaudi, Torino, 2001, 45 e 128.

⁸⁵ *Ibidem*, 111.

⁸⁶ W. BENJAMIN, *Strada a senso unico. Scritti 1926-1927*, in ID., *Opere*, a cura di G. Agamben, vol. IV, Einaudi, Torino, 1983, 68.

⁸⁷ La citazione è da S. ŽIŽEK, *Libertà, una malattia incurabile*, cit., 287.

non è il riflesso di ciò che naturalmente è o crede di essere, perché quell'essere è già un divenire e, in ogni caso, perché l'identità si identifica negli *status* e nell'uso dei diritti correlati, ma non è neppure la sua costituzione dal nulla, perché il minore, prima di essere istruito ed educato, deve essere 'mantenuto' in ciò che è: è la norma dell'esistente, ma la normatività non può essere separata dall'esistente, proprio come non si dà dover essere senza essere. L'identità è, quindi, il punto di incontro tra il fatto e la regola e la relazione è bidirezionale: biunivocamente, muove dall'esistenza del minore per determinarne normativamente la deontologia e, quindi, modificarne, con movimento inverso, l'esistenza.

Ma solo assieme, minore e maggiore, bambino e adulto, costruiscono la propria identità perché per dirsi se stessi è necessario distinguersi e per distinguersi è necessario il rapporto con ciò da cui ci si distingue.

«Un vecchio e un bambino si preser per mano e andarono insieme incontro alla sera [...] il vecchio parlava e piano piangeva: con l'anima assente, con gli occhi bagnati, seguiva il ricordo di miti passati. I vecchi subiscono le ingiurie degli anni, non sanno distinguere il vero dai sogni [...] Il bimbo ristette, lo sguardo era triste, e gli occhi guardavano cose mai viste e poi disse al vecchio con voce sognante: "Mi piaccion le fiabe, raccontane altre!"» (Francesco Guccini, *Il vecchio e il bambino*, 1972).

Abstract [Ita]

Il saggio muove dalla relazione teorica di duplice dipendenza costitutiva tra l'autodeterminazione del minore nel diritto privato e l'autodeterminazione del popolo nel diritto pubblico per trarne conseguenze normative nella interpretazione delle disposizioni costituzionali che regolano lo stato del minore nella famiglia e nella società, civile e politica, ove la democratizzazione della condizione plurale del minore è legata alla democraticità della Repubblica.

Parole chiave: minore; autodeterminazione; democrazia; libertà eguale; diritto all'identità personale.

Abstract [Eng]

The essay moves from the theoretical relationship of dual constitutive dependence between the self-determination of the minor in private law and the self-determination of the people in public law to draw normative consequences in the interpretation of the constitutional provisions regulating the status of the minor in the family and in society, civil and political, where the democratization of the plural condition of the minor is linked to the democratic nature of the Republic.

Keywords: child; self-determination; democracy; principle of equal liberty; right to personal identity.