

PERSONA UMANA E ORDINAMENTO GIURIDICO

estratto (1h.50') della lezione tenuta nel corso ordinario di Milano 2022-23

La lezione di oggi è intitolata “persona umana e ordinamento giuridico” e “non diritti della personalità”, perché svilupperò un’analisi a trecentosessanta gradi del ruolo della persona, come valore giuridico, all’interno del sistema privatistico.

Fino a qualche decennio fa un discorso del genere sarebbe stato impossibile, perché la persona veniva relegata – come oggetto di disciplina – solo all’ambito dei diritti della personalità, poi c’è stato uno sviluppo, per una serie di ragioni che individuerò, per cui essa è diventata una chiave di lettura di tutti gli istituti giuridici più importanti nel diritto dei privati.

In prospettiva concorsuale, dunque, potrebbe certamente uscire una traccia che riguarda i diritti della personalità, in particolare quelli che io ho chiamato “nuovi diritti”, collegati eventualmente alle forme di tutela oppure ai negozi dispositivi, ma potrebbe anche essere una tematica che afferisce a qualunque istituto, nella materia delle successioni, della proprietà, delle obbligazioni, del contratto, compresi i contratti del consumatore (e più in generale quelli macroeconomici), proprio perché il principio personalistico è in grado di flettere i significati che i diversi rapporti giuridici del mondo economico avevano nella sistematica codicistica.

Vediamo questa evoluzione.

Partendo appunto dall’assetto del 1942, troviamo che la persona ha una rilevanza giuridica limitata a due piani.

Sul primo, predominante, è considerata come soggetto di diritto, cioè destinatario delle norme e parte dei rapporti giuridici. Ciò si risolve nello studio delle capacità e di tutti gli istituti connessi; in questo ambito già si vede come l’ordinamento tenda a non considerare la persona nella sua corporeità, cioè come essere fisico, ma piuttosto come trasfigurazione, soggetto giuridico.

Guardiamo, per esempio, alla sua definizione nell’ambito dei vari rapporti, la persona è: a) nelle successioni il testatore o il *de cuius*, secondo che lo si consideri come autore del negozio *mortis causa* ovvero semplicemente come colui della cui successione si tratta; b) nella famiglia il coniuge (marito e moglie), ovvero con riferimento al rapporto di filiazione il genitore; c) nei diritti reali il proprietario; d) nelle obbligazioni il debitore o il creditore; e) nel contratto la persona la parte o il contraente; f) nella responsabilità civile il danneggiante o il danneggiato; g) nelle organizzazioni economiche l’imprenditore o il socio.

La persona fisica si dissolve nel soggetto di diritto, cioè nel centro di imputazione normativa da cui dipende la titolarità del rapporto giuridico.

Questo è coerente con la particolare conformazione del sistema civilistico: un sistema – come ho già detto nella lezione sulla responsabilità da reato degli enti – dove la norma media tra il dato naturalistico e l'effetto giuridico, non limitandosi a qualificare la realtà, ma conformandola secondo categorie che sono di elaborazione tecnico-giuridica. Questa impostazione inevitabilmente finisce per nascondere le potenzialità delle persone fisiche come oggetto – piuttosto che soggetto – di disciplina giuridica, preferendo posizionare la persona all'interno del rapporto giuridico, la cui rilevanza verte non sulla persona, ma sulle posizioni giuridiche della persona. Così in tema di obbligazioni si analizzeranno le situazioni di pretesa e di obbligo, rispetto alla parte contrattuale si analizzerà la posizione contrattuale e così via.

Secondo ambito di rilevanza della persona sono i diritti della personalità, che è l'unico profilo in cui la persona diventa oggetto di discipline giuridiche, possiamo dire istituto giuridico; peraltro i diritti della personalità replicano lo schema concettuale della persona come soggetto di diritto, sono cioè trasfigurazioni dell'ordinamento. Infatti, abbiamo il diritto al nome, il diritto all'immagine, il diritto alla reputazione, il diritto all'onore e così via, posizioni in cui entra in gioco più una qualificazione normativa che un attributo reale della persona. Queste sono proiezioni della persona nel mondo giuridico e nelle relazioni, infatti li chiamiamo non “diritti della persona” ma “diritti della personalità”. Solo allontanandosi dal soggetto fisico, si riesce ad individuare la persona come oggetto di disciplina giuridica.

Andiamo a vedere la sistematica del codice civile.

Nel libro I, dopo le norme in apertura del codice, rivolte alla persona e ai diritti della personalità, c'è la famiglia. Nell'istituto del matrimonio potrebbe sembrare che la persona occupa un ruolo di primo piano, si tratta in effetti dell'unico rapporto personale che viene contemplato come giuridicamente rilevante dal codice civile. Però anche lì, l'art. 143 del codice civile per diverso tempo è stato ritenuto una norma imperfetta, gli obblighi ivi indicati sono stati apprezzati più come doveri morali che giuridici. Comunque, di che cosa si occupa il codice civile in materia di matrimonio? Il procedimento matrimoniale disciplina un iter rigoroso, formale, poiché costitutivo con l'atto finale di uno *status*, quindi di una posizione rilevante anche per il diritto pubblico; poi si occupa in larga parte dei rapporti patrimoniali tra coniugi e, infine, della separazione (il divorzio lo troviamo nella legislazione speciale).

Nel libro II ci sono le successioni, che segnano il trapasso dalla rilevanza della persona – come identità fisica – alla rilevanza del cd. *homo economicus*, più che la persona è il suo patrimonio che viene in rilievo; infatti le successioni si risolvono nella disciplina di una particolare modalità di trasmissione della ricchezza, quella *mortis causa*. Da qui il contenuto tipicamente patrimoniale del testamento e il disinteresse del codice civile per disposizioni che non abbiano ad oggetto la

trasmissione del patrimonio tra le generazioni. Da qui in poi nel codice civile si tratta solo di rapporti economici.

Nel libro III figurano la proprietà, il possesso, i diritti reali, quindi la forma storica di rapporto giuridico, che ha per oggetto i beni.

Nel libro IV, prima i rapporti obbligatori, in cui campeggia il patrimonio, come si evince dall'art. 1174 c.c. (*“le prestazioni oggetto di obbligazione devono essere suscettibili di valutazione economica”*). Quindi come si scambia e come circola la ricchezza. Nella moderna visione giudica il rapporto obbligatorio è chiaramente sganciato da profili personalistici, invece presenti all'origine nella concezione romanistica. Poi il contratto, che rappresenta l'emblema di un gioco cooperativo, ma in cui qual è la cosa che conta in definitiva? Lo dice l'art. 1321 c.c. (*“il contratto è l'accordo da due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale”*) e l'art. 1324 estende la disciplina del contratto in generale solo ai negozi unilaterali aventi contenuto patrimoniale. Infine la responsabilità civile, storicamente limitata al danno patrimoniale, essendo il risarcimento del danno non patrimoniale confinato alle ipotesi previste dal legislatore, che poi fondamentalmente convergono sulla rilevanza penale dell'illecito, unica ipotesi generale in cui è risarcibile il danno non patrimoniale, che peraltro assume le vesti del danno soggettivo.

Il libro V si occupa dei fattori di produzione della ricchezza: capitale e lavoro, dove la persona viene considerata come risorsa aziendale.. Dunque impresa, lavoro subordinato, società. La società completa questo *iter* perché è l'impresa collettiva, dove le persone si organizzano in un gruppo che dà vita ad un soggetto giuridico che svolge attività di impresa per scopo di lucro.

Questa è la realtà originaria del codice civile: l'ordinamento giuridico si occupa dei comportamenti e delle relazioni umane solo se hanno carattere patrimoniale, cioè se hanno a che fare con il mondo dell'economia, manifestando un disinteresse assoluto verso un tipo di relazioni che pure è fondamentale nella vita di qualunque società, cioè le relazioni personali.

Noi non ci pensiamo neanche quando studiamo il codice civile, però è questo, l'interprete dovrebbe porsi degli interrogativi, cioè come è possibile lasciar fuori dall'ordinamento giuridico la metà dell'universo umano? E che fine fa questa metà?

Si è parlato a tal riguardo di pregiudiziale patrimonialistica, cioè “pregiudiziale” perché il legislatore non se lo pone neanche il problema di regolamentare i rapporti tra persone al di fuori dei casi in cui ci sia di mezzo la ricchezza. È una premessa aprioristica, non coerente con un ordinamento che, se da un lato è convenzione formale, dall'altro disciplina la realtà, detta le regole delle azioni umane, è costruito dagli uomini e per gli uomini. Allora se è costruito per le persone, perché devono starci fuori proprio le persone, se non nella misura in cui siano patrimoni?

Occorre capire le ragioni della pregiudiziale.

La prima fondamentale ragione è in una scelta politica che risponde ad un convincimento delle società moderne, forse più di quelle antiche, cioè l'idea che l'ordine giuridico debba star fuori dalle vicende personali, perché codeste vicende – che attengono alla dimensione spirituale o morale dell'uomo – reclamano un'area di immunità dall'ordinamento, perimetrata da due fatti fondamentali: accordo e illecito, sempre nella misura in cui siano forieri di rilevanza patrimoniale (contratto e responsabilità): se l'accordo non ha per oggetto prestazioni misurabili secondo le leggi economiche, non sarà rilevante; se l'illecito non produce danni materiali, non sarà rilevante.

Una conferma di tale *ratio* si ricava *a contrario* dall'unico rapporto personale disciplinato dal codice civile: la famiglia. La famiglia rappresenta la cellula primordiale di organizzazione sociale, che ha una rilevanza di interesse generale..

Isole – non so se felici o infelici – dal diritto.

Andando a scavare più in profondità, da cosa dipende questa idea¹ che il “dover essere” non riguarda i rapporti tra persone? Come se questi non impattassero sulla conservazione e sul progresso della civiltà, che è l'obiettivo dell'ordinamento giuridico.

A giustificarlo non basta il *favor libertatis* che opera in questi ambiti. In base a un principio filosofico illuministico comunemente accettato dalla società occidentali, la libertà dell'uno finisce dove inizia quella dell'altro. Eppure, in materia di rapporti personali, i principi dell'affidamento o dell'autoresponsabilità, che ne sono un corollario, non operano: la violazione di un impegno non genera conseguenze giuridiche. Questo crea instabilità e disordine, allora perché l'ordinamento giuridico non interviene, limitando la libertà che trasgredisce il dovere?

Forse c'è un retaggio preistorico: gli esseri umani in una condizione di anarchica, che talvolta si rivede in alcuni settori (i *social network* sono un mondo dove il pensiero comune tende a riconoscere una condizione di una libertà assoluta, che sfocia nell'arbitrio). Allora lì dove non è in gioco l'appropriazione delle risorse naturali, dei beni, dei frammenti del mondo fisico, lì dove la regola non è l'avere, ma l'espressione dell'essere, si ammette uno stato di libertà assoluta, quindi di anarchia. In questi ambiti opererebbero solo le regole della morale,

Un modello di analisi è il tradimento, studiato nella *Rivista Diritto e Scienza* (che si occupava delle interazioni tra diritto e realtà) dal punto di vista matematico, sociale, giuridico. Naturalmente ci sono diverse forme di tradimenti (l'amico, l'amante, il socio, e così via), ma il problema è sempre lo stesso: l'inadempimento della promessa, che, a differenza dell'inadempimento contrattuale, non ha nessuna rilevanza giuridica. Così si giunge al paradosso: il diritto, massima forma di

¹ L'idea che nel mondo degli affetti, dei sentimenti, dei rapporti sociali basati sulla fiducia, laddove non sono in gioco i patrimoni, debba esserci un più elevato tasso di libertà e quindi non il vincolo giuridico.

razionalizzazione del mondo umano, non riconosce il tradimento, se avviene al di fuori di vincoli patrimoniali.

Coerentemente, come giuristi dobbiamo dire che non si può accreditare il tradimento come un fatto disdicevole, perché è un ambito nel quale, evidentemente, il legislatore – cioè colui che pensa – non riconosce operative le leggi della razionalità, quindi essendo un mondo irrazionale non si può giudicare il tradimento come una deviazione dalla razionalità.

Come tutti, anch'io molto tempo fa ho patito un tradimento, da un amico, per viltà. Ma il ragionamento che ho fatto fu questo, che non ci siano aspettative, perché è un mondo non governato dal diritto, e si deve essere consapevoli che al di fuori delle relazioni giuridiche – Gazzoni dice pure in quelle – i patti e i vincoli non si rispettano. Però c'è un *pendant* di questa logica, che i traditori (e tutti coloro che sono soliti non rispettare la parola data) devono accettare a loro volta: così come c'è uno stato di anarchia, una condizione di libertà assoluta, per cui uno non può nutrire aspettative razionali nelle situazioni immuni dal diritto e similmente non esistono vincoli su cui fare affidamento, il prezzo che si deve pagare vale da entrambi i lati.

Questo discorso metagiuridico conduce a captare qual è in effetti il vero fondamento della pregiudiziale patrimonialistica, ossia un dato gnoseologico.

Sotteso all'immunità dal diritto delle relazioni personali è il postulato che si tratta di un mondo irrazionale, dove quindi una regola di razionalità non può essere imposta. Questo è il punto: carenza di leggi di copertura che siano affidabili. Quando si deve dettare una regola giuridica, un "dover essere", la cui violazione viene sanzionata, si deve avere a monte una corrispondente regola di funzionamento nella realtà, altrimenti quella regola giuridica sarebbe priva di effettività. Il diritto penale si fonda prevalentemente sulle leggi di natura, il diritto civile sulle leggi economiche, che sono scienze sociali, ma di consistenza sufficiente per guidare i comportamenti umani.

Nell'ambito delle relazioni personali mancano queste leggi: non ci sono leggi sociali sufficientemente solide, perché la psicologia, l'antropologia, la sociologia, sono tutti sistemi di conoscenza incerti. Nella società contemporanea hanno un grande successo gli psicologi, ma essi sono portatori di un sapere umanistico, la cui affidabilità è relativa (caratteristica dello psicologo è quella di non dare risposte, lasciando che sia l'interessato a cercarle; ma non è un metodo, bensì un limite epistemologico).

Dunque, se mancano leggi di copertura affidabili, l'ordinamento giuridico non può ordinare cosa deve essere fatto e cosa non deve essere fatto, non può avere un'aspettativa di razionalità rispetto ai comportamenti individuali².

² I destinatari delle norme devono ricevere precetti – siano essi comandi, divieti, autorizzazioni – nitidi, cristallini, non suscettibili di incertezza, perché quei comandi e quei divieti rappresentano le direttive di comportamento razionale e la

Ci sono anche altre ragioni.

Storicamente, ad onta dell'importanza che le relazioni personali hanno sul benessere e sulla felicità degli esseri umani, si ritiene che il progresso della società avvenga non sul piano spirituale, ma sul piano materiale. È difficile dar torto obiettivamente a questa prospettiva, perché fondamentalmente il progresso della civiltà è dipeso dal progresso scientifico, che poi si traduce in tecnologia. Se il pensiero morale progredisce senza progresso tecnologico non sarebbe nulla, avremmo una civiltà ordinata ma preistorica. Quindi l'ordinamento giuridico si occupa dell'avere, piuttosto che dell'essere, che lascia ad altre discipline.

C'è poi anche un aspetto pratico che vediamo bene oggi: introdurre regole rende il mondo più complicato, abbiamo appunto detto ieri che l'eccesso di regolazione è un limite all'efficienza. Al sovraccarico normativo segue un sovraccarico giudiziario, perché dell'insorgenza dei conflitti che si verificano nell'ambito di rapporti assoggettati al diritto se ne dovrà occupare il giudice.

Ciascuno degli elementi sin qui indicati è in declino.

Andiamo a vedere tutte le modificazioni che spiegano l'evoluzione che ha avuto il ruolo della persona all'interno dell'ordinamento giuridico e gli spazi che via via il legislatore sta occupando, andando a regolamentare i rapporti personali, oppure introducendo il valore della persona nell'ambito dei rapporti patrimoniali.

In primo luogo i fattori strutturali.

Innanzitutto, la consapevolezza che un ordinamento diretto alle persone non può disinteressarsi delle loro sorti al di fuori dei rapporti economici o dell'illecito: gli articoli 1, 2, 3 della Costituzione, norme di apertura della Carta fondamentale, fissano il principio personalistico che ispira il nostro sistema giuridico, cui si accompagnano poi le carte sovranazionali dei diritti fondamentali. L'idea di un'immunità dei rapporti personali dall'ordine giuridico e dalla giurisdizione è incompatibile con questo assetto fondamentale.

Ma la compatibilità con le leggi di copertura?

L'evoluzione della conoscenza, sia nel campo delle neuroscienze, sia in quello delle scienze matematiche (pensiamo alla teoria dei giochi e alla capacità di definire in termini formali le

loro violazione è sanzionata. Dal punto di vista della struttura formale, la certezza del diritto si garantisce costruendo la fattispecie come un'inferenza deduttiva perfetta, ossia il classico sillogismo. Se il sistema giuridico è in grado di assicurare a livello astratto la certezza, non può però farlo a livello applicativo. Il ragionamento giudiziario, diversamente dall'inferenza del legislatore, non è certo ma probabile, perché la verità delle sue premesse non è assunta come un dato di partenza nella struttura ipotetica della norma, ma dev'essere accertata nella realtà. Affinché la probabilità sia sufficientemente elevata da porla a fondamento di una norma giuridica di comportamento, la legge di copertura, cioè la legge di funzionamento della porzione di mondo che è oggetto della disposizione normativa, dev'essere dotata di alto grado di affidabilità empirica.

relazioni tra individui), permette di colmare parzialmente il *deficit* gnoseologico che suggerisce al legislatore di non regolamentare giuridicamente l'area delle situazioni personali.

Le scienze deboli – psicologia, sociologia, antropologia, scienza della politica – o le massime di esperienza (induzioni allo stato puro, che però sono in grado di guidare con minimo di attendibilità le persone) sono forme empiriche di sapere, tratte da casi concreti che si ripetono con una certa costanza, non riducibile a leggi statistiche: *l'id quod plerumque accidit*, come normalmente gli esseri umani comportano.

Lo sviluppo più importante attiene invece alle neuroscienze: si sta cercando di trovare quelle che sono le cause biologiche dei comportamenti umani, studiando com'è costruito il cervello di ciascuno. Nel processo penale sono state fatte delle applicazioni particolari dell'indagine genetica e dell'indagine neuro-scientifica, in particolare con riferimento alla capacità di intendere e di volere o all'attendibilità della testimonianza. Poi abbiamo interessanti sviluppi con l'intelligenza artificiale e soprattutto con i modelli matematici, la teoria dei giochi si occupa appunto delle relazioni tra persone e non ha una pregiudiziale patrimonialistica, sono modelli quelli applicabili a qualunque settore, anzi proprio in materia di relazioni personali ci sono dei modelli di estremo interesse, come “il matrimonio perfetto” e “la battaglia dei sessi”, che ho descritto nel sistema di amministrativo (<https://www.corsomagistratura.it/CapXXVI-vol3.pdf>).

Certo la teoria dei giochi soffre un limite: che i giocatori siano intelligenti e razionali e la razionalità è proprio il punto critico delle relazioni personali, però quantomeno quei modelli ci spiegano come si dovrebbe comportare il giocatore razionale e, quindi per converso, individuano l'irrazionalità del giocatore che non si comporta secondo quel modello, quindi possiamo avere già una risposta fondamentale, perché il comportamento irrazionale è quello contrario alla norma giuridica. I modelli matematici possono anche essere utilizzati per imporre regole, studiando quello che dovrebbe essere il comportamento razionale in quegli ambiti, il diritto può scegliere di adottare quello standard di comportamento come regola da imporre ai consociati.

L'ordinamento giuridico non è soltanto imitazione della natura, ma anche regola della natura, laddove essa – come nelle relazioni sociali – può essere modificata. Il progresso si realizza individuando direttive di comportamento migliori dell'*id quod plerumque accidit*, e che nel tempo incentiveranno comportamenti preferibili. Quindi via via che cresce la fedeltà all'ordine giuridico e al dettato normativo, cambieranno anche le leggi umane, che – a differenza delle leggi di natura – sono mutevoli; il diritto può essere – anzi è – uno strumento per cambiarle.

Quanto al problema del sovraccarico normativo, deve essere risolto nel senso che il legislatore deve selezionare le aree più rilevanti e creare delle regole accettabili, perché è chiaro che più la regola è

lontana dalla realtà più rischia di essere evasa. Non è impossibile ipotizzare che ci siano settori di regolazione diversi e che non tutti siano destinatari delle stesse regole.

Per quanto riguarda, invece, il sovraccarico giudiziario, esso dipende dalla percentuale di conflitti, legata a tanti fattori sui quali si può intervenire, ferma l'esigenza di aumentare l'efficienza della giustizia.

È un percorso ineludibile nel futuro: lasciare un ampio spazio del mondo all'anarchia ha dei riflessi anche in quegli spazi che sono regolati: "effetto contagio".

Prendiamo il giudice, che deve essere il simbolo di intelligenza e neutralità, una mente algoritmica quando decide una controversia: per definizione l'arbitro non sta sullo stesso piano dei giocatori, ma sta al di sopra e dovrà avere chiaramente una capacità di analisi maggiore e una piena razionalità: come potrebbe decidere dei conflitti altrui, se egli avesse quegli stessi limiti che hanno portato al sorgere del conflitto?

Però nessuno può improvvisarsi "superdotato" solo perché la mattina indossa la toga; se l'ordinamento giuridico lascia metà dell'esistenza umana fuori dalle regole della razionalità, l'individuo che per metà della sua esistenza è abituato a pensare in modo scorretto subirà l'effetto contagio. I suoi procedimenti decisionali saranno inevitabilmente affetti da fallacia, determinata non solo da debolezza logica, quanto dall'incapacità di resistere ai vari condizionamenti cui è esposto l'individuo: ideologie, interessi, pregiudizi culturali, stati emotivi e passionali di vario ordine e natura.

I nostri legislatori ignorano l'effetto contagio oppure non ritengono di occuparsene e quindi la conclusione qual è? Che il soggetto irrazionale non può trasformarsi in soggetto totalmente razionale e, quindi, il mondo resta pieno di conflitti individuali, di gruppo, nazionali, internazionali, perché, evidentemente, anche nelle situazioni il diritto regola i suoi destinatari non sono sufficientemente allenati. Quindi, l'unico modo per evitare l'effetto contagio è che l'ordinamento giuridico non riconosca alcuna immunità alle persone dall'ordine giuridico, cioè dall'ordine razionale.

Andiamo a vedere, invece, i fattori tecnico-normativi.

Abbiamo detto che il ruolo delle carte sovranazionali sta diventando veramente decisivo nel diritto civile, ma anche nel diritto penale e nel diritto amministrativo.

Vedete la Costituzione è ispirata al principio personalistico, c'è tutta la parte sui principi, però non è una carta sui diritti fondamentali; la Cedu e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di Nizza, poi aggiornata a Strasburgo) sono carte della persona che devono essere applicate e il cui valore è superiore alla legislazione ordinaria. Tra poco, entrerà nel dettaglio di questo tema.

Ora, se uno apre la carta di Nizza o la Cedu, però accompagnandola alla giurisprudenza della Corte europea, si rende conto di come le posizioni della persona entrino in qualsiasi tipo di rapporto giuridico.

Il ruolo delle carte sovranazionali certamente ha acquistato un peso per una maggiore considerazione anche politica. La Cedu sta lì da settanta anni, però è abbastanza recente lo sviluppo che ha avuto nella trama delle motivazioni giurisdizionali. Oggi una sentenza di una Corte europea non può più essere ignorata, non può più essere disattesa, neutralizzata dalla giurisprudenza nazionale, come prima accadeva.

La costituzione e le carte sovranazionali entrano nella disciplina dei rapporti giuridici direttamente e indirettamente.

Direttamente perché il diritto dell'Unione europea è provvisto di efficacia diretta e alle norme costituzionali è stato riconosciuto valore non programmatico ma precettivo (pensiamo all'articolo 32 che è stato l'architrave per il riconoscimento del danno biologico, e, più in generale, per l'apertura ai danni non patrimoniali oggettivi).

Indirettamente in virtù dell'interpretazione conforme al diritto sovranazionale e costituzionalmente orientata.

Accanto alle carte fondamentali, c'è l'evoluzione della legislazione complementare o anche degli stessi codici. Molta più attenzione alla persona nel codice penale: sono stati introdotte diverse norme che tutelano beni personali; c'è stato anche, per esempio, il mutamento dell'oggettività giuridica dei reati sessuali, un tempo reati contro la morale, oggi reati contro la persona. Nel codice civile ci sono meno interventi: spicca l'amministrazione di sostegno, dove certamente è la persona che viene in rilievo pur nell'ambito di rapporti patrimoniali, perché l'amministrazione di sostegno è una forma di aiuto per soggetti che hanno una diminuita capacità naturale, senza espropriargli però della capacità giuridica, un aiuto nella gestione del loro patrimonio.

Infine, la giurisprudenza normativa.

Chiaro che quando parliamo di fattori giuridici parliamo di fonti del diritto; la giurisprudenza normativa non è una fonte del diritto, però è stata in grado di adeguare l'ordinamento, grazie a interpretazioni anche creative, a volte disapprovabili, rese possibili dalle clausole generali che sono allocate in postazioni chiave del sistema civilistico (danno ingiusto, buona fede, utilità sociale dell'impresa, funzione sociale della proprietà, diritti inviolabili, ecc.) Le clausole generali sono forme logiche della norma, e in loro presenza l'interpretazione giurisdizionale diventa quasi integrativa del precetto e può, per questa ragione, davvero innovare l'ordinamento giuridico pur all'interno di una operazione formalmente dichiarativa della legge vigente.

Adesso andiamo a vedere le innovazioni settore per settore.

Nel settore delle persone fisiche abbiamo il fiorire dei nuovi diritti, di cui poi darò conto. L'impostazione monista, facendo leva sulla clausola generale di cui all'art. 2 della Costituzione, permette naturalmente di ravvisare sempre nuovi diritti laddove si affermino attributi della persona che siano considerati meritevoli di tutela dall'ordinamento giuridico (alcuni sono puntualmente legiferati, altri no).

Nel settore delle persone giuridiche si è avuta la forte espansione degli enti non lucrativi, codificata nella riforma del terzo settore. La loro capacità è estesa fino allo svolgimento di attività economica strumentale al raggiungimento delle finalità di benessere individuale e collettivo della persona, con emblematica inversione della logica tradizionale (economia → persona, invece che persona → economia).

Per quanto riguarda la successione vanno segnalati i patti di famiglia, in cui è rilevante il rapporto di discendenza, e il ruolo crescente che è stato riconosciuto dell'autonomia testamentaria che può riguardare anche profili non patrimoniali. Il «testamento biologico» tecnicamente non è un negozio *mortis causa* perché la persona non muore, però il nome è simbolico: si tratta pur sempre di un atto unilaterale, *inter vivos*, a contenuto personalissimo (le cosiddette DAT, disposizioni anticipate di trattamento), chiamato a operare per quando la persona ancorché viva è però incosciente e quindi incapace di effettuare dichiarazioni di volontà.

In materia di proprietà privata abbiamo la proprietà destinata (quindi anche destinazioni a sfondo esistenziale) e la proprietà biologica.

Nel diritto dell'economia si ha una revisione integrale della materia dei rapporti tra persona e mercato.

Nell'ambito dei contratti comuni i valori della persona hanno un duplice ruolo: da un lato come limite all'autonomia privata, dall'altro invece come ragioni di potenziamento dell'autonomia privata.

Come limite all'autonomia privata, la persona opera nel senso di sbarrare l'ingresso a pattuizioni non meritevoli o addirittura illecite. Sul giudizio di meritevolezza c'è stata una sentenza recentissima delle Sezioni Unite, che da un lato ha ribadito il valore della libertà negoziale come principio fondamentale del diritto dei contratti, limitando il sindacato sullo squilibrio negoziale, dall'altro ha messo in luce l'importanza che il contratto non vada a danneggiare i valori della persona. Il controllo giudiziario sull'autonomia privata si allarga, in virtù degli articoli 2, 3 e 41 comma 2 della Costituzione (il quale ultimo individua come limiti all'iniziativa economica privata la sicurezza, la libertà e la dignità delle persone). Oggi c'è particolare attenzione, dunque, ai contenuti convenzionali incompatibili con il primato dei valori umani.

Come strumento di potenziamento dell'autonomia privata, la protezione e lo sviluppo della persona assurgono a scopo del contratto. Sono, rispettivamente, i contratti di cura della persona e i contratti esistenziali o a causa esistenziale³, che prevedono servizi alla persona, che attengono non solo a bisogni materiali, ma a bisogni spirituali, edonistici o di altra natura.

Nell'ambito dei contratti macro-economici, accanto alla prospettiva di tutela conservativa della persona, vi è l'ulteriore profilo della protezione del contraente debole dal potere economico. Lo squilibrio che genera dall'asimmetria di posizioni è visto, oltre che come un difetto del mercato concorrenziale, come un ostacolo alla costruzione di rapporti equi e solidali tra i consociati. Emblematico è l'art. 2 del codice del consumo, che definisce una serie di diritti del consumatore, che attengono al rapporto contrattuale o alle premesse di questo rapporto, come "fondamentali". Pensiamo al diritto all'equità dei rapporti di consumo o quello alla trasparenza delle comunicazioni commerciali, diritti che vanno ricondotti all'autodeterminazione. Il consumatore è in effetti un protagonista del mercato, è ancora un derivato dell'*homo economicus*, ma sotto alle esigenze del consumo ci sono esigenze di vita. Il consumatore è colui che tramite l'approvvigionamento dei beni del consumo soddisfa bisogni essenziali per la sua esistenza.

Nella responsabilità civile vi è stata una significativa estensione del danno non patrimoniale, di cui è affermata l'atipicità, essendo risarcibile non solo nei casi previsti dalla legge, ma in ogni caso di violazione di diritti fondamentali, in virtù dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'articolo 2059 c.c.. Da questa elaborazione rinviene che sono rilevanti anche i profili scollegati dall'*homo economicus*, dalla capacità di produrre reddito, cioè i profili legati non all'avere, ma all'essere, all'essere relazionale (danno esistenziale), all'essere corporeo (danno biologico), all'essere morale (danno soggettivo).

Inoltre il danno non patrimoniale penetra in materia contrattuale, cosa impensabile fino a qualche anno fa, perché il contratto è il mondo appunto dell'economia, e perché il diritto violato è il diritto di credito, cioè un diritto patrimoniale e quindi come può mai la lesione di un diritto patrimoniale generare un danno non patrimoniale? Anche questo ostacolo è stato superato.

Vi è, infine, un settore nuovo, trasversale, denominato biodiritto⁴.

³ Accordi a rilevanza patrimoniale ma a valenza strettamente personale. Si tratta di prestazioni che sono dirette al soddisfacimento di interessi privati e financo intimi della persona, che astrattamente possono costituire oggetto scambio sul mercato.

⁴ Un diritto dei fenomeni naturali emersi per effetto dello sviluppo scientifico e tecnologico, in funzione di limite a salvaguardia della dignità della persona umana. In questa prospettiva il diritto diventa limite all'instaurazione dei rapporti giuridici fondati sull'evoluzione delle conoscenze scientifiche. È dunque una disciplina che si occupa dei problemi nascenti dalla relazione tra diritto, bioetica e scienze della vita, con particolare riferimento ai dilemmi sollevati dalla medicina nelle sue varie branche: il trattamento del malato psichiatrico, i temi della fecondazione assistita e della tutela dell'embrione, la maternità surrogata, il fine vita, le terapie sperimentali, le biotecnologie.

Tematiche dove diritto e scienza si incrociano e si assume che l'ordine giuridico debba controllare l'evoluzione del progresso scientifico e tecnologico, anche avvalendosi di categorie del pensiero morale, in guisa che il controllo etico diventa controllo giuridico sugli usi delle tecnologie che impattano sulla persona. Personalmente sono dell'idea che i controlli sul progresso tecnologico debbano essere fatti dalla scienza, mettendo a confronto gli usi che delle scoperte si possano fare con le stesse leggi di natura, ma probabilmente l'opzione odierna è più prudente.

Ho lasciato per ultimo, ancorché viene prima nell'ordine codicistico, quello che è il settore dove è più chiara la manifestazione della tendenza che ho detto, dove sembra proprio che alla pregiudiziale patrimonialistica si sostituisca un interesse dell'ordine giuridico per le relazioni personali e dove vi sia quel programma – certo ancora limitato – di razionalizzazione: la famiglia.

Quali le novità? Le unioni civili, le convivenze registrate, i contratti di convivenza, ma soprattutto la penetrazione dell'autonomia privata come forma giuridica di regolazione del rapporto coniugale, nella fase di costituzione, esecuzione, estinzione del vincolo: patti prematrimoniali, convenzioni matrimoniali, accordi di separazione e divorzio congiunto.

Sui patti prematrimoniali ci sono già diversi progetti. Per vero, patti prematrimoniali sono riconosciuti anche dalla Cassazione laddove abbiano riflessi patrimoniali: per esempio, c'è un precedente in cui la Cassazione ha ritenuto valido l'accordo tra due nubendi in virtù del quale, a fronte delle obbligazioni dell'uno pagare i costi della ristrutturazione della casa destinata ad abitazione familiare, l'altra assumeva l'obbligazione di trasferimento di un immobile del valore di pari importo in caso di separazione. Anche in tema di accordi personali vi sono le possibilità offerte dall'art. 144 c.c. (accordi per regolare l'indirizzo della vita familiare), qui tutto è lasciato all'interprete, fino dove si possono spingere questi accordi rispetto al modello delineato dall'art. 143 del codice.

Allora la logica qual è? La razionalizzazione del rapporto: fissare delle regole di convivenza dalla cui violazione possono derivare delle conseguenze giuridiche. Certo è difficile ipotizzare le conseguenze della violazione di un accordo *ex art. 144* sullo stile dell'art. 1218 perché non si tratta di obbligazioni patrimoniali, però avranno un peso ai fini dell'addebito della separazione ovvero della responsabilità civile.

Quest'ultimo è il dato più interessante perché l'inammissibilità della responsabilità civile tra coniugi, storicamente affermata, rappresentava il caso più evidente di immunità dei rapporti personali anche nell'ambito del matrimonio. Eppure questo dogma è stato superato: oramai è pacifica la configurabilità, in caso di violazione di doveri coniugali *ex art. 143*, al verificarsi degli ulteriori presupposti, il sorgere di una responsabilità ai sensi degli articoli 2043 e 2059 del codice, quindi dell'obbligazione di risarcimento dei danni non patrimoniali. In particolare la responsabilità

per violazione del dovere di fedeltà è una novità dirimpente, perché mette in dubbio l'assolutezza della c.d. libertà di amare, la quale si scontra con il principio dei principi: non contraddizione, giuridicamente espresso dall'autovincolo negoziale (*pacta servanda sunt*). Infatti, l'assoluta libertà di amare postula la liceità del tradimento amoroso, sanzionabile solo sul piano interno (l'addebito), e non di per sé, ma solo se foriero della rottura dell'*affectio coniugalis*. Ad amplificare la novità, riconducendola al cennato principio di piena obbligatorietà dell'accordo matrimoniale anche sul piano personale, vi è l'interpretazione estensiva del dovere di fedeltà, inteso come dovere di lealtà, quindi non necessariamente limitato all'esclusività del rapporto fisico. Può esservi risarcimento ogni qualvolta il tradimento – carnale o anche solo spirituale – sia posto in essere con modalità tali da comportare la lesione della personalità del coniuge.

La portata dell'affermazione è straordinaria: si afferma che in materia di sentimenti chi assume un patto lo deve rispettare fin quando il patto è operativo.

La concezione della separazione come diritto potestativo del coniuge (perché ciascun coniuge che lo desidera può separarsi qualora ritenga intollerabile la prosecuzione della convivenza) non erode il valore della regola, non essendo ipotizzabile – al di fuori di prospettive religiose – un vincolo perenne di natura personale. Ciò che rileva, infatti, è che, fin quando il vincolo personale perdura, dovrà essere rispettato a 360 gradi. Anche la modifica giurisprudenziale della quantificazione dell'assegno di divorzio ha inciso su questo, ridimensionando la logica economica del matrimonio, e per converso rafforzandone il valore di scelta personale.

Questa evoluzione non opera al di fuori del matrimonio, dove resta intatto il principio della libertà pura e dell'irrilevanza dell'infedeltà.

Il punto merita un approfondimento.

Nella lezione introduttiva sulle obbligazioni, dove si tratta delle fonti e della giuridicità del rapporto, mi occupo anche delle relazioni tra fidanzati. A parte il caso della promessa di matrimonio, di una eventuale responsabilità cosiddetta precontrattuale, prima del matrimonio c'è il nulla dal punto di vista giuridico.

Il modello di relazione amorosa scolpito dall'art. 143 c.c. è un modello teorico di come dovrebbe funzionare il fidanzamento, siccome rapporto che, pur non essendo cristallizzato dal negozio matrimoniale, è caratterizzato da stabilità, almeno se vi è promessa di matrimonio (che può essere quella formale legata alle pubblicazioni, oppure una promessa informale, come è stata ritenuta dalla giurisprudenza quando la relazione assume un certo grado di condivisione sociale). Ma questo rapporto non è giuridicamente significativo, perché impegnato su semplici accordi o comportamenti: è solo il negozio matrimoniale – dunque un patto riconosciuto dall'ordine giuridico – che fa sorgere il vincolo.

È comunque interessante sviluppare l'analogia tra il modello del 143 (si intende analogia in senso logico e non giuridico) e il rapporto tra fidanzati. Certamente le parti potrebbero anche optare per un modello che si avvicini a quello del 143 – pensate alla coabitazione e a un dovere di assistenza temperato – ma questi patti sarebbero irrilevanti, mentre il riconoscimento della famiglia di fatto è una creazione giurisprudenziale, in cui a rilevare non è l'accordo, ma un certo assetto che presenti tratti obiettivi di affinità con il matrimonio (*convivenza more uxorio*), oggi anche formalizzati (convivenze registrate e contratti di convivenza), la cui efficacia è limitata ai profili patrimoniali.

Si conferma, dunque, che le relazioni personali lecite, fuori del matrimonio (e dell'unione civile) sono prive di una regolazione giuridica, ancorché possano incidere profondamente sull'esistenza. Non è detto che ciò sia sbagliato, perché non è indifferente la scelta che si compie col matrimonio: solo tale dichiarazione di volontà manifesta un impegno pieno verso la razionalità. Non è un problema di importanza del sentimento, ma di assunzione di un dovere verso l'altro. Nella rivista *Diritto e Scienza*, in uno studio del problema, si è detto: «*non ci si sposa perché si ama ma perché ci si impegna ad amare*»⁵, allora è giusto fissare una linea di confine della rilevanza giuridica; ma se così è, allora, tutto ciò che viene prima del matrimonio *tamquam non esset*: non esiste (ora sto facendo una spiegazione sociale per farvi capire il problema della linea di confine e dove il diritto intende intervenire) differenza tra le varie tipologie di relazioni affettive o amorose, né – esemplificando – ha senso evocare la condizione di fidanzamento piuttosto che di relazione transitoria, come se fosse testimonianza di un impegno razionalità che non c'è. Laddove manchi l'assunzione del dovere coniugale, non c'è dovere e diritto da fare valere⁶.

Neppure ci sono aspettative razionali, perché, se la condizione è quella di anarchia, è inutile reclamare socialmente posizioni di titolarità.

Si potrà obiettare: ma la teoria dei giochi non dovrebbe valere per qualunque relazione cooperativa, ancorché sfornita di rilevanza giuridica? La teoria dei giochi offre dei modelli, ma essi possono non

⁵ «[...] l'eterna contrapposizione tra ragione e sentimento, per cui il secondo ben potrebbe negare la prima, affermando un legame laddove non vi è motivo che esista. Falso, o, per meglio dire, fallace. Un concentrato di impossibilità logiche, che producono irrealizzabilità pratiche. Ma c'è di più. Già gli antichi osservavano come per la donna l'amore fisico sia il mezzo, per l'uomo il fine. Ne discende che, qualunque cosa significhi, "malgrado tutto" non sarà mai lo stesso per entrambi. Perché sfere che operano su piani distinti possano cooperare, la soluzione non è né il romanzo, né la vita, ma il diritto. In tal senso l'obbligazione – personale o patrimoniale – rappresenta lo strumento d'elezione. Debitore e creditore sono figure neutrali, astrattamente idonee a ricomprendere qualunque soggetto, qualunque oggetto, qualunque interesse, purché l'ordinamento giuridico voglia regolarlo. Sono, anche, figure reciproche e interscambiabili. Il rapporto obbligatorio è, dunque, l'inversione del paradosso: ci amiamo, tanto da esserci obbligati a farlo. In tal senso, non adempiere è come tradire».

⁶ Si è discusso per esempio dell'ammissibilità del risarcimento per il danno alla persona in favore del fidanzato che veda compromessa la sua relazione con la vittima, ma la risposta della giurisprudenza è negativa.

funzionare se le regole del gioco non sono cogenti, poiché ciascun soggetto può sottrarsi a piacimento.

Un interessante applicazione può riguardare le borse di studio, che restano in uno stato di anarchia (ossia di assoluta libertà reciproca) in assenza di contrattualizzazione, laddove, invece, è il contratto a farle assurgere ad impegno di razionalità. Si coglie in ciò il paradosso di una critica fondata proprio sulla scelta di elevare a rango giuridico la relazione cooperativa, che – nell’ottica dei critici – se restasse a livello di fatto, senza l’assunzione di obblighi e diritti giuridici, non darebbe luogo a censure. Trascurando altresì che, abitando nel mondo della razionalità, il rapporto guadagna in affidabilità ed efficienza, permettendo il raggiungimento di risultati che eclissano le medie statistiche.

Tutto questo discorso è intuito dalla giurisprudenza, che ha codificato il fenomeno descritto – pur senza coglierne le coordinate epistemologiche⁷ e taluni corollari – in un’espressione simbolica: ‘*antropologizzazione*’ del diritto dei privati.

Nella pronuncia che trovate in dispensa, del 2009, la terza sezione spiega il fenomeno e il ruolo che vi gioca la giurisprudenza: *«Il principio personalistico che permea la Costituzione e le fonti internazionali tende ad espandersi, finendo per “antropologizzare” l’intero settore privatistico. Il vigente codice civile non rappresenta oggi più l’unica fonte di riferimento per l’interprete in un ordinamento caratterizzato da più fonti, tra cui una posizione preminente spetta alla Costituzione repubblicana del 1948, oltre alla legislazione ordinaria (finalizzata anche all’adeguamento del testo codicistico ai principi costituzionali), alla normativa comunitaria ed internazionale, ed alla stessa giurisprudenza normativa; tale pluralità di fonti ha determinato i due fenomeni, tra loro connessi, della decodificazione e della depatrimonializzazione. [...] In tale assetto ordinamentale la giurisprudenza di legittimità assume sempre più rilievo nel sistema delle fonti. Il nostro ordinamento, pur appartenendo ai sistemi di civil law, si configura come semi-aperto, perché fondato non solo su disposizioni di legge riguardanti settoriali e dettagliate discipline ma anche su cd. clausole generati, e cioè su indicazioni di “valori” ordinamentali, espressi con formule generiche (buona fede, solidarietà, funzione sociale della proprietà, utile sociale dell’impresa, centralità della persona) che scientemente il legislatore trasmette all’interprete per consentirgli, nell’ambito di una più ampia discrezionalità, di “attualizzare” il diritto, anche mediante l’individuazione (là dove consentito, come nel caso dei diritti personali, non tassativi) di nuove*

⁷ Perciò ho evitato di soffermarmi sugli schemi di logica che devono presidiare la costruzione del diritto delle persone. Quanto più la legge di copertura sottesa alla norma è debole, tanto più l’inferenza a livello applicativo sarà debole. Un mondo di inferenze deboli non appartiene al diritto. Evidentemente, l’antropologizzazione postula che, in taluni ambiti, sia possibile costruire inferenze sufficientemente forti, mentre non lo è per le relazioni di fidanzamento o di amicizia.

aree di protezione di interessi. In tal modo con evidente applicazione del modello ermeneutico tipico della giurisprudenza degli interessi si evita sia il rischio, insito nel c.d. sistema chiuso (del tutto codificato e basato sul solo dato testuale delle disposizioni legislative senza alcun spazio di autonomia per l'interprete), del mancato, immediato adeguamento all'evolversi dei tempi, sia il rischio che comporta il cd. sistema aperto, che rimette la creazione delle norme al giudice sulla base anche di parametri socio-giuridici (ordine etico, coscienza sociale etc.) la cui valutazione può diventare arbitraria ed incontrollata».