

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PISA
SCUOLA DI DOTTORATO IN DIRITTO PUBBLICO E DELL'ECONOMIA
XX ciclo

PERSONA , DIGNITA' , LIBERTA' CONTRATTUALE

Tutor
Chiar.ma Prof.ssa Elena Bargelli

Candidata
Dott.ssa Donatella Rinaldi

Direttore della Scuola di Dottorato
Chiar.ma Prof.ssa Giovanni Colombini

ANNO ACCADEMICO 2009-2010

*To my mom, my granny and Gavin Mark Anthony who are protecting me above the sky;
To my dad, Terry and Gary Portwood who helped me through this;
To my beloved Professor Elena Bargelli;
To my friends Craig, Tony and Bradford*

INDICE

PERSONA, DIGNITA', LIBERTA' CONTRATTUALE.

Capitolo 1

L'EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI PERSONA NEL DIRITTO PRIVATO TRA COSTITUZIONE E MERCATO.

- 1.1 INTRODUZIONEp.6
- 1.2 CODICE CIVILE E COSTITUZIONEp.8
- 1.3 LA PERSONA E IL MERCATO.....p.14

Capitolo 2

L'IDENTITA' GIURIDICA DELLA PERSONA

- 2.1 PERSONA E ESSERE.....p.24
- 2.2 PERSONA COME AVEREp.27
- 2.3 PERSONA E QUALITA'p.29
- 2.4 PERSONA COME ESSERE VIVENTEp.33
- 2.5 PERSONA COME ISTITUZIONE.....p.35
- 2.6 EVOLUZIONE DELLA CATEGORIA ANIMALI NELLA NOZIONE DI PERSONA...p.38

Capitolo 3

IL CONCETTO DI DIGNITA' NEGLI ORDINAMENTI EUROPEI

- 3.1 LA DIFFICOLTA' DI INQUADRAMENTO NORMATIVO.....p.43
- 3.2 LA VICENDA STORICA DELLA DIGNITA' : DALLA TRADIZIONE GIUDEO-CRISTIANA AL SECOLARISMO CONTEMPORANEO.....p.48
- 3.3 L'INQUADRAMENTO NORMATIVO DELLA DIGNITA'p.54
- 3.4 LA DIGNITA' UMANA E IL DIRITTO OCCIDENTALE.....p.57

Capitolo 4

IL CONCETTO DI DIGNITA' SOCIALE E LE SUE FUTURE IMPLICAZIONI

- 4.1 LA DIGNITA' SOCIALE NEL DIRITTO EUROPEO OCCIDENTALE.....p.69
- 4.2 LA DIGNITA' SOCIALE E IL DIRITTO PRIVATO DEI CONTRATTI NEL NUOVO STATO SOCIALE.....p.78
- 4.3 LA DIGNITA' SOCIALE NEI PAESI DI COMMON LAW. IL DIRITTO BRITANNICO E L' "INEQUALITY OF BARGAINING POWER"p.89
- 4.4 IL CASO LLYOD BANKS LTD V. BUNDY.....p.92
- 4.5 GIUSTIZIA,DIGNITA' SOCIALE E DIRITTO DEI CONTRATTI. CONCLUSIONI.....p.102

Capitolo 5

LA DIGNITA' DELLA PERSONA NEL DIRITTO PRIVATO

- 5.1 LA CONTRATTUALIZZAZIONE DEI DIRITTI DELLA PERSONALITA'. LA DISPOSIZIONE DEI DIRITTI SUL CORPO.....p.111
- 5.2 IL PRINCIPIO DI EXTRAPATRIMONIALITA' DEL CORPO NEL SUO DUPLICE SIGNIFICATO DEL PROFILO DI APPARTENENZA E DI QUELLO DI CIRCOLAZIONE.
- 5.3 DIVIETO DI COMMERCIALIZZAZIONE DI PARTI DEL CORPO. AMBITO DI APPLICAZIONE.....p.115
- 5.4 LA TUTELA DEL SOGGETTO COINVOLTO NELLA DISPOSIZIONE DI PARTI DEL PROPRIO CORPO.....p.118

Capitolo 6

IL CONTRATTO COME STRUMENTO DI PROTEZIONE DELLA DIGNITA' PERSONALE

- 6.1 LE TIPOLOGIE E I RELATIVI PROBLEMI DI DISCIPLINA.....p.121
- 6.2 OGGETTO DEL CONTRATTO E TUTELA DELLA PERSONA.....p.124
- 6.3 L'INTERPRETAZIONE DEL CONTRATTO E LA TUTELA DELLA DIGNITA' DELLA PERSONA.....p.126
- 6.4 IL RECESSO COME FORMA DI TUTELA DELLA DIGNITA' PERSONALE.....p.128

Capitolo 7

DIGNITA' DELLA PERSONA : NUOVO ARGINE ALLA LIBERTA' CONTRATTUALE

7.1 IL CONTRATTO : SEMPLICEMENTE ORDINARIA PROMESSA ?.....	p.131
7.2 IL CARATTERE PERSONALE DELLA PROMESSA.....	p.132
7.3 CONTRATTO E COOPERAZIONE E CONTRATTO E SEPARAZIONE	p.132

Capitolo 8

IL PRINCIPIO DI DIGNITA' COME LIBERA ESPRESSIONE DELLA VOLONTA' INDIVIDUALE.....	p.135
--	-------

Capitolo 9

LA DIGNITA' OGGI	p.142
------------------------	-------

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

IL DILEMMA TRA DIGNITA' E PARI DIGNITA'	p.147
---	-------

BIBLIOGRAFIA.....	p.149
-------------------	-------

GIURISPRUDENZA.....	p.153
---------------------	-------

Capitolo 1

L'EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI PERSONA NEL DIRITTO PRIVATO TRA COSTITUZIONE E MERCATO

1.1 INTRODUZIONE

Ad un civilista si impone oggi di volgere lo sguardo indietro nel passato per capire il senso degli eventi attuali più significativi e individuare la direzione da prendere all'inizio del nuovo millennio. Questa analisi del passato non può prescindere da quelli che sono gli strumenti quotidiani dell'operare del diritto privato : Codice Civile, leggi e Costituzione.

Tra gli eventi a mio parere più significativi nel dibattito attuale fra giuristi- civilisti e non- è la crescente e continua attenzione che la tutela della dignità della persona sta avendo. La giuridificazione della persona umana¹ caratterizza ormai in maniera incisiva il costituzionalismo contemporaneo. L'art. 1 del *Grundgesetz* tedesco² ha rappresentato il modello per il riconoscimento del principio del rispetto della dignità umana in molte costituzioni nazionali europee così come nella Carta di Nizza³, nella quale, secondo alcuni autori, il principio di dignità arriverebbe addirittura ad assumere il carattere di tratto distintivo di un ipotetico modello europeo che potrebbe competere con il più collaudato e stabilizzato modello di riconoscimento del principio di dignità nordamericano⁴.

¹ C. GIRARD, S. HENNETTE-VAUCHEZ, *La dignità de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005.

² Con riferimento al ruolo del principio di dignità nell'architettura costituzionale tedesca si veda fra tutti DUERIG, in *Grundgesetz Kommentar zum Art. 1*, Lieferung 42 (2003), Monaco , Beck; HERDEGEN, *ibidem*; H. HOFFMANN, vol.3, I ss. 3, Article 3.

³ F. SACCO in *Note sulla dignità umana nel "diritto costituzionale europeo"*, in S.P PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Jovene, 2005, 583-621 ritiene che nella Carta (art.1 : "La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata") il principio abbia carattere pervasivo. Ad esso è dedicato un intero Capo (Capo I). La vita umana, il corpo umano e le sue parti, la proibizione della tortura, delle pene o trattamenti inumani o degradanti, la schiavitù, sono tutte questioni che vengono regolate come relative alla dignità umana.

⁴ Così, in maniera espressa, F.D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, Giappichelli, 2001, 5; ID. *Carta dei diritti fondamentali e autonomia privata*, in G. VETTORI (a cura di), *Contratto e*

Il dibattito attuale sul tema è particolarmente acceso, perché ha preso i connotati della rigida contrapposizione fra coloro che sono favorevoli all'implementazione del principio e coloro che invece vi si oppongono assumendo posizioni decisamente critiche al riguardo. Al di là della contrapposizione, bisogna comunque concedere che il principio della dignità umana ha una eccezionale forza retorica⁵ e questo è il punto a partire dal quale la sua incidenza dovrebbe essere valutata, proprio in tempi in cui la dignità sempre più pervade anche i rapporti fra privati e tende ad avere un ruolo fondamentale nella costruzione del diritto europeo dei contratti.

E questo è l'itinerario che intendo seguire : dopo aver dimostrato che il diritto privato italiano si è progressivamente sempre più aperto all'accettazione di principi e valori che sembravano estranei alla sua origine e ragion d'essere grazie anche alla endogena e graduale evoluzione principalmente prodotta dall'effetto che nella costituzione repubblicana l'affermazione dei diritti fondamentali ha avuto, indicherò poi come il potere retorico della dignità umana possa efficacemente essere usato per dare al diritto privato un'impronta "umanitaria" e sociale attraverso l'istituto della nullità.

costituzione in Europa. Convegno di studio in onore del Prof. Giuseppe Benedetti, Padova, Cedam, 2005, 59 e spec. 63 ss.; e, con sottolineature diverse, G.S. FRIEDMAN, J.Q. WHITMAN, *The European Transformation of Harassment Law: Discrimination versus Dignity*, in *Columbia Journal of European Law*, 2003, vol.9; J.Q. WHITMAN, "On Nazi "Honour" and the New European "Dignity", in C.JOERGES, N.S. GHALEIGH (eds.), *The Darker Legacies of Law in Europe: The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, Oxford, Hart Publishing, 2003; D. SHULTZINER, *Human Dignity – Functions and Meanings*, in *Global Jurist Topics*, 2003, vol.3, I ss.3, Article 3.

Nella letteratura italiana la centralità della dignità nel modello europeo, non necessariamente in contrapposizione a quello statunitense è sottolineata principalmente da S. RODOTA', *Il Codice civile e il processo costituente europeo* in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2005,2; G. PIEPOLI, *Autonomia privata e dignità umana*, in *Pol. dir.*, 2003, 45-67; G. VETTORI, *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea. Regole e Principi ordinanti*, Milano, Giuffrè, 2005, 30 e ss.; F.SACCO *Note sulla dignità umana nel "diritto costituzionale europeo"* cit., 583-621; R.BIFULCO, *Dignità umana e integrità genetica nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, Novene, 2004, 215-267; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il principio di dignità della persona nella società globalizzata*, in *Democrazia e Diritto*, 2004, 195. Parlano in modo più generico riguardo all'incidenza dei valori nella dinamica giuridica attuale e alla necessità di assumere la persona come valore "unitario" di per sé, soprattutto nell'ottica dei giuristi N. LIPARI, *Valori costituzionali e Procedimento Interpretativo*, in *Riv.trim. dir.e proc. civ.*; 2003, II, 865; ID. , *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1996, 413, 417; ID. , *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Roma, Edizioni Studium, 2004, 47 ss.

⁵ D. SHULTZINER, *Human Dignity - Functions and Meanings* 3, cit.

1.2 CODICE CIVILE E COSTITUZIONE

Come sopra menzionato, per analizzare i significativi progressi di qualcosa radicato nella storia è necessario guardare indietro, al retaggio storico del passato; e nel caso del diritto privato lo si deve fare soprattutto con riferimento allo strumento che ne cristallizza in norme e disposizioni le fondamenta; ovvero il Codice Civile.

Questo testo normativo, pur avendo visto la luce ormai due secoli fa, è sopravvissuto al continuo mutare di ideologie e costumi, al vorticoso progredire della scienza e ad una società che, sempre più caratterizzata da una rapida obsolescenza dei beni, ha prodotto mutamenti normativi e costituzionali di amplissimo respiro che hanno a loro volta determinato il cambiamento della disciplina di intere materie⁶. Ciò è indice del fatto che, nonostante si stia oggi vivendo nella cosiddetta “età della decodificazione” nella quale i moderni sistemi giuridici sono sempre più fondati su di un numero crescente di leggi speciali, il Codice Civile rimane pur sempre asse portante dell’ordinamento. Non bisogna, infatti, fare l’errore di scambiare una certa “stanchezza” del Codice con conseguente incapacità di disciplinare adeguatamente i moderni rapporti privatistici – dovuta peraltro all’invecchiamento “biologico” comune a tutti i principali testi normativi - per inadeguatezza nel rappresentare lo schema normativo di riferimento⁷.

Questo non significa che il Codice debba rimanere immune nei confronti dei mutamenti sociali che incidono sulla realtà. Anzi, è vero l’esatto contrario. Compito del diritto privato è disciplinare tali mutamenti, che in una accezione più ampia dell’ attributo terminologico sociale ricomprenderebbero anche quelli di carattere politico. La politica, infatti, deve incidere sul diritto privato modificandone contenuti e orientamenti e arricchendolo di nuove norme introdotte con leggi

⁶ Fra tutte la riforma del diritto di famiglia (l. 19-5-75, n.151)

⁷ Al riguardo appaiono significative le riforme dell’ordinamento privatistico già compiute o in preparazione in molti paesi europei, come Germania e Francia, dove il codice continua ad avere indiscussa centralità all’interno del sistema alle quali vanno aggiunti i lavori di preparazione del codice europeo che non sembrano distaccarsi da un modello di centralità codicistica.

speciali o veicolate attraverso il Codice, che in questo modo, a sua volta, segue il rinnovamento dei tempi e delle nuove e sentite esigenze

Questo aspetto rappresenta una costante e ha da sempre ricevuto attento ed adeguato studio. Ciò che è nuova, e poca attenzione ha avuto, soprattutto nell'esperienza italiana, è invece la diversa questione dell'incidenza che i mutamenti politici hanno sulle norme del diritto privato esistenti. Si tratterebbe, più precisamente, di verificare in quale misura i mutamenti politici incidono sulle norme vigenti a livello interpretativo e applicativo quando la legge scritta non subisce alcuna modifica formale. E oggetto centrale della mia analisi sarà, infatti, quello di misurare l'impatto sul diritto privato della crescente attenzione politica posta sui diritti umani⁸. Il miglior modo per vedere le conseguenze di tale incidenza è attraverso l'istituto della nullità codicistica.

La illiceità del contratto, e specificatamente di due degli elementi essenziali del contratto, causa e oggetto, è una delle cause di nullità e per illiceità si intende contrarietà alle norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume⁹. Ordine pubblico e buon costume, insieme con correttezza e buona fede rappresentano le clausole generali del diritto privato ed è proprio attraverso l'immissione di nuovi principi giuridici per tramite delle suddette clausole generali che si può avere un quadro più chiaro e dettagliato della incidenza dei mutamenti politici nel diritto privato. Il fatto poi che ordine pubblico e buon costume siano anche alcune delle cause della illiceità della causa e

⁸ Mi sia permesso di precisare che, nonostante talvolta ci sembri di vivere in una realtà quotidiana che più che per l'affermazione dei diritti umani sembra si distingua per la negazione degli stessi, è innegabile la centralità che la nozione di diritti umani sta avendo nel dibattito politico attuale. Addirittura le guerre, per alcuni, possono assumere il carattere di strumenti promotori di diritti umani fondamentali. Se pensiamo alle recenti guerre in Kosovo e Iraq è interessante notare come coloro che ne sostenevano la necessità lo abbiano fatto in nome della valorizzazione di principi fondamentali come quello alla libertà da dittature oppressive e barbariche o nel nome di diritti essenziali come quello alla vita, per proteggersi da genocidi compiuti in nome dell'affermazione di un'etnia su di un'altra; e coloro che vi si opponevano lo abbiano fatto nel nome di contrapposti principi o diritti fondamentali, come quello all'autodeterminazione dei popoli, che non dovrebbero vedersi calare intenti, seppur nobili, dall'alto. Senza dimenticarci, poi, l'invocazione di nuova nascita, di una sorta di diritto alla pace perpetua che vede l'opposizione senza se e senza ma a conflitti qualsivoglia motivati.

⁹ Fra la moltitudine di definizioni manualistiche delle cause di illiceità si segnala E. NAVARRETA in U. BRECCIA, L.BRUSCUGLIA, F.D.BUSNELLI, F.GIARDINA, A. GIUSTI, M.L.LOI, E. NAVARRETTA, M.PALADINI, D.POLETTI, M.ZANA in *Diritto Privato Parte Prima*, Torino, Utet, 2004, 279 che definisce le norme imperative disposizioni imperative, l'ordine pubblico come "i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico ed, in particolare, i valori di rango costituzionale" e il buon costume "un complesso di regole deontologiche e pregiuridiche, e (secondo la giurisprudenza prevalente) la coscienza morale collettiva o la morale sociale, che ha il suo nucleo originario nella morale sessuale, ma che non è ad essa limitata".

dell'oggetto del contratto fa risaltare il legame che c'è fra nullità e valutazione della incidenza dei mutamenti politici sul diritto privato.

E' utile comunque precisare che non sempre mutamenti politici riescono a cambiare il complesso normativo del diritto privato, e che talvolta può rimanere formalmente immutato¹⁰, anche se è largamente condivisa l'opinione opposta in base alla quale le norme del diritto privato subiscono l'influenza dei suddetti mutamenti e si adattano, mediante tecniche interpretative, alle diverse realtà da disciplinare.

Oltre al Codice, lo strumento normativo che non può essere ignorato nel nostro studio relativo all'evoluzione avuta dal diritto privato – evoluzione nel senso di un progressivo adeguamento allo sviluppo delle nuove dinamiche politico-sociali affermatesi – è la Costituzione. Essa rappresenta il testo normativo che, sin dalla sua creazione, ha affiancato, coadivato e ispirato il diritto privato nella sua duplice dimensione codicistica ed extracodicistica.

Per quanto riguarda il rapporto tra Costituzione e diritto privato, sarebbe più opportuno parlare di analisi del rapporto fra Codice e Costituzione. I due testi normativi si sono visti affidare compiti diversi dalla storia, ma nel corso degli anni le loro funzioni si sono spesso scambiate, intersecate e sovrapposte. In Italia, peraltro, la differenza di matrici e i diversi momenti storici che ne hanno segnato la nascita hanno consentito l'operare di una paziente "rilettura" del Codice alla luce delle leggi della Costituzione Repubblicana. Ciò ha portato ad attribuire ad istituti e singole disposizioni del più antico testo normativo un significato conforme alle scelte politiche e agli ideali racchiusi nel testo fondamentale della Repubblica Italiana. E tutto questo è stato reso anche possibile dal fatto che la Costituzione stessa contiene norme che fanno riferimento ad istituti e fattispecie del diritto privato¹¹, perché le norme a carattere più spiccatamente privatistico avevano risentito delle

¹⁰ E' questo il caso dei Codici Civili tedesco e italiano del 1900 e 1865 che rimasero immutati all'avvento, rispettivamente, di Nazismo e Fascismo.

¹¹ Ci si riferisce in particolare agli artt. 41 e 42 della Costituzione e alle loro rispettive definizioni di attività di impresa e proprietà privata che risentono indubbiamente l'influenza del Codice e delle definizioni da questo date ai medesimi istituti, nonostante la Costituzione metta in evidenza aspetti più solidaristici in ambito definitorio.

indicazioni provenienti dalla secolare tradizione del diritto privato e del suo più illustre antenato, il diritto romano.

Tornando al rapporto fra Codice e Costituzione, è premessa utile ricordare che sul processo storico-politico di formazione della seconda si sono, ovviamente, a lungo soffermati i costituzionalisti e in misura molto minore i civilisti. Alcuni esperti e commentatori, soprattutto all'epoca della formazione della Costituzione, si sono spinti oltre sostenendo che i giuristi civilisti avessero dato un contributo poco efficace alla stesura della Costituzione¹². In realtà questi giudizi sono eccessivamente severi, perché abbiamo dimostrato l'esistenza di una osmosi fra alcune norme della Costituzione e altrettanti istituti del diritto privato che possiamo ulteriormente precisare aggiungendo che in materia economica alcune formulazioni costituzionali riprendono formulazioni già presenti nella Carta del Lavoro¹³.

Come già ampiamente testimoniato, i punti di maggiore convergenza tra Codice e Costituzione li troviamo in materia di rapporti economici. La Costituzione riafferma infatti *“la validità dei due pilastri su cui si incentra il Codice Civile, ovvero la proprietà privata da un lato e il contratto dall'altro”*¹⁴, mentre le valutazioni divengono più complesse quando si arriva a parlare di diritto di famiglia. Qui la linea di continuità fra Costituzione e Codice si infrange, poiché lo sguardo della Costituzione era rivolto verso una prospettiva più avanzata rispetto a quello del Codice¹⁵.

¹² Con queste parole si espresse l'allora on. del PCI e padre costituente Palmiro Togliatti nel suo intervento presso la seduta dell'11 Marzo 1947.

¹³ F.Vassalli in *“Motivi e caratteri della codificazione civile”*, 1947, in Studi Giuridici, III, 2, Milano, 1960, 614, riteneva che le citazioni enfatiche e imprecise della Carta del Lavoro corrispondevano alle dichiarazioni in materia economica che si trovano nel progetto di carta costituzionale, titolo III, rapporti economici. G. Jemolo, ancora criticando le norme della costituzione che più si ispiravano alla Carta del Lavoro, ne afferma comunque il legame. Nella relazione svolta l'11 dicembre 1965 alla Accademia Nazionale dei Lincei dal titolo *“La Costituzione : difetti, modifiche, integrazioni”* egli giudica priva di senso l'affermazione secondo cui la Repubblica è fondata sul lavoro e critica anche la contrapposizione fra cittadini e lavoratori in una delle norme successive, ritenendo non ammissibile attribuire certi diritti ai cittadini in quanto lavoratori e non ai cittadini in quanto tali che, per un motivo o per l'altro, non si possono ricomprendere nella categoria dei lavoratori. Jemolo sostiene, inoltre, che il termine “democratica” riferito a Repubblica non è garanzia di stato democratico o di diritto, visto che anche la Repubblica della Germania dell'est era nominata Repubblica Democratica, ma non aveva certamente le caratteristiche di una democrazia. Per quanto riguarda l'accezione di democraticità, si veda anche il giudizio critico di Don Luigi Sturzo che nella *“Nota sul progetto di Costituzione”*, articolo scritto sul Giornale d'Italia il 4 marzo 1947, affermava che è la società e non la Repubblica a sentirsi democratica.

¹⁴ G. Giorgianni, *“La riforma del Codice Civile”*, Roma, 1966, 29 sgg; e in maniera analoga C. Ghisalberti, *“Tradizione e innovazione nel Codice del 1942”*, in *“I cinquant'anni del Codice Civile”*, I, 1992, 67.

¹⁵ Ne sono un esempio l'art. 29 Cost. che stabilisce l'uguaglianza morale e giuridica fra i coniugi con rispetto dei limiti stabiliti dalla legge a tutela della garanzia dell'unità familiare, e le norme del codice che prima dell'avvento della

Una parte della dottrina ritiene, ad esempio, che la riforma del diritto di famiglia - una delle riforme più significative nell'ambito del diritto privato - ha semplicemente sviluppato principi già contenuti nella Costituzione¹⁶. Ma questa teoria è opinabile perché in realtà la riforma è andata ben più avanti di quanto fissato nei principi costituzionali, superandoli¹⁷. Nella riforma del diritto di famiglia è stato infatti attribuito scarso rilievo ai limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare - che sono praticamente scomparsi - ed è stato migliorato il trattamento dei figli adulterini ai quali non si attribuisce più soltanto tutela giuridica o sociale ma status sostanzialmente paritario nei confronti degli altri figli non nati fuori dal matrimonio¹⁸.

Con riferimento più generale al diritto privato, gli anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione non registrarono un entusiastico accoglimento dei suoi principi da parte della dottrina civilista, che per molti anni si comportò ignorando l'esistenza della Costituzione e continuando ad usare il solo Codice, senza minimi accenni ad un cambiamento di metodo.¹⁹

Ma la svolta si verifica a partire dagli anni '60, quando da più parti si inizia a ritenere opportuno di impegnarsi in una rilettura del Codice. E da questo momento in poi inizia una fase proficua degli studi del diritto civile, nella quale in dottrina si distinguono autori come Pietro Rescigno e Pietro Perlingieri, e nella quale la magistratura assume un ruolo di assoluto rilievo. Molti casi sottoposti alla decisione dei giudici vengono infatti risolti tenendo conto delle norme costituzionali²⁰.

riforma del diritto di famiglia attribuiva al marito, il cosiddetto "capo famiglia", il potere all'interno del nucleo familiare. Stessa cosa vale per l'art. 30 della Costituzione, comma 3, che assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima, laddove il Codice taceva su questo punto.

¹⁶ Al riguardo si veda A. Bessone, "La famiglia nella Costituzione" in Commentario della Costituzione, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1976, 67 sgg.

¹⁷ Così, G. Cattaneo, "La Costituzione e il diritto familiare nella dottrina civilistica italiana dell'ultimo quarantennio", in La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi, 1993, 97.

¹⁸ Bianca, *Diritto civile, 2, La famiglia, le successioni*, Milano 1985, 231 sgg.

¹⁹ A questo proposito si veda il giudizio nettamente critico di N. Irti in "Una generazione di giuristi" in La civilistica italiana dagli anni 50 ad oggi, Padova, 1991, 974, dove afferma che i giuristi, in quanto conservatori o tradizionalisti avrebbero espresso un rifiuto nei confronti della Costituzione. Un giudizio, forse, un po' troppo severo, visto che dopo il fallimento del conferimento di efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi per la mancata attuazione della norma costituzionale che conferiva questa proprietà ai contratti collettivi, i contratti di lavoro tornano ad essere contratti di diritto privato. Questa è una conquista dei privatisti, precedentemente giudicati volutamente inerte e passivi da Irti rispetto alla novità costituzionale.

²⁰ Giorgianni in "Il diritto privato e i suoi attuali confini" in Riv trim. dir. e proc. civ., 1961, 399 sgg parla di "costituzionalizzazione" del diritto civile.

Un fenomeno analogo si riscontra in Germania dove, fra tutti, K. Hesse in *Verfassungsrecht und Privatrecht*, Karlsruhe, 1988, 21 sgg, evidenzia le difficoltà derivanti dalla sottoposizione dei rapporti privatistici alle norme della

In conclusione, le norme della Costituzione hanno avuto un duplice effetto sul Codice Civile: sono servite ad affermare nuove posizioni soggettive giuridicamente tutelate e a dare un significato diverso a molte norme contenute nel Codice Civile; ma, soprattutto, hanno offerto la base per la tutela di interessi prima non tutelati dal Codice, come gli interessi della persona. Il Codice dedica poco spazio a tali diritti, che perciò sono stati tutelati utilizzando principi costituzionali: si pensi al tema della riservatezza, a quello della tutela dell'ambiente naturale o a quello dell'identità sessuale.

In termini più generali, per quanto riguarda il diritto privato, il tema dei diritti inviolabili e dei diritti della personalità è al centro di un dibattito che vede opposte due tesi : alcuni ritengono necessario parlare di un unico diritto della personalità²¹, mentre altri, facendo peraltro riferimento alla lettera della Costituzione che parla al plurale di diritti inviolabili, preferiscono la tesi pluralista²².

E' difficile risolvere questa duplice posizione accettando l'una piuttosto che l'altra posizione, anche se si deve registrare che nell'esperienza civilista italiana si tende sempre ad indicare caratteristiche peculiari e fondamento di ogni posizione giuridica soggettiva precisando altresì il catalogo di strumenti di tutela di volta in volta offerti dall'ordinamento. La tesi pluralista sembrerebbe così prevalere, ma mancano dati certi al riguardo per poter assumere una posizione netta.

Costituzione. Queste ultime hanno spesso, infatti, un contenuto ampio e determinato e perciò un significato più difficile da cogliere quando si deve adattare la norma al caso concreto, rispetto a quanto in genere accade per il diritto privato. Le norme costituzionali sono meno chiare e quindi meno certe, e queste due elementi sono invece fondamentali nel rapporto fra privati, tanto è vero che chiarezza e certezza non dovrebbero mai venir meno nelle norme del diritto privato. A tutto ciò si aggiungono gli elementi di incertezza portati dalla "costellazione" dei diritti fondamentali, poiché nel caso di una lite fra privati sono tutti portatori di diritti fondamentali in conflitto fra di loro; ed è il giudice la figura che deve determinare il peso da attribuire nel caso concreto ai diversi diritti fondamentali. Questo compito non corrisponde certamente a quello classico rivestito dal giudice nella risoluzione delle liti privatistiche, dove in genere la decisione si basa su norme precise e dettagliate che indicano la risoluzione del problema.

²¹ Giampiccolo, *La tutela giuridica della persona umana ed il c.d. diritto alla riservatezza*, in Riv. trim. dir e proc. civ., 1958, 458 sgg; e, più recentemente Messinetti, *Personalità (diritti della)*, in Enc. dir., XXXIII, Milano, 1983, 355 sgg; ID., *Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni*, in Riv. crit. dir. priv., 1992, 173 sgg; in senso adesivo Lipari, *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in Riv. dir. civ., 1996, I, 413 sgg.

²² Bianca, *Diritto civile, I, La norma. Soggetti*, Milano, 1978, 143 sgg; Cerri, *La Costituzione e il diritto privato*, in Trattato di Diritto Privato, diretto da Rescigno, Appendice di Aggiornamento, 22, Torino, 1991, 699 sgg, che ricorda come la Corte Costituzionale, seguendo l'orientamento della giurisprudenza ordinaria, abbia abbandonato la tesi secondo la quale i diritti inviolabili di cui all'art.2 Cost, sarebbero una categoria "chiusa", formata cioè soltanto dai diritti della persona riconosciuti dalle norme costituzionali; Modugno, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, 3 sgg, il quale ritiene inaccettabile la concezione dell'art.2 Cost., come fattispecie chiusa.

1.3 LA PERSONA E IL MERCATO

Queste due parole non sono “innocenti”²³, da usare come oggetti, precisando e definendo il loro significato, ma hanno una loro fondamentale suggestione retorica. Perciò è compito del giurista spogliarle di ogni suggestione e ridurle nei termini della scienza giuridica. Le suggestioni a cui si fa riferimento sono quelle che individuano la persona come ente unitario e identico, principio e fine di ogni esperienza, e il mercato come luogo primitivo e spontaneo, che si autogenera ed è in grado di provvedere al soddisfacimento di ogni bisogno umano, dai più alti, ai più elementari. Le due parole sono state spesso rappresentate come opposti inconciliabili, ma hanno in realtà un evidente sostrato comune, consistente in una pretesa originarietà o antecedenza rispetto al diritto. Sono, non a caso, entrambe custodi di valori: il valore dei beni, o economia, il mercato; il valore dell’uomo, o etica, la persona²⁴. Questa distinzione porta, ad esempio, gli imprenditori ad esaltare “l’etica degli affari” come legge anteriore e superiore alle regole stabilite dal diritto.²⁵ Il diritto rimarrebbe così impotente di fronte a neutralità del mercato e metafisica della persona, chiamato ad assumere il ruolo di accertare e garantire la natura umana sia che essa si svolga nella dignità della persona o negli affari del mercato.

Quanto detto vale a maggior ragione per il diritto privato, crocevia fra l’obiettivo della ottimizzazione dello scambio di affari e della ottimale circolazione dei beni e l’obiettivo della tutela della dignità della persona. E se il diritto vuole laicizzare nella positività della norma i valori che si racchiudono nel concetto di persona e mercato deve percorrere l’antica e consueta strada che gli è propria, ovvero, per quanto riguarda la persona, la scomposizione della categoria unica nella pluralità degli interessi singoli e, per quanto riguarda il mercato, la conversione della sua supposta

²³ N. Irti in *L’ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Ed. Laterza, 2001, 65.

²⁴ Si veda P. Valéry, *La libertà dello spirito*, in Id., *Sguardi sul mondo attuale*, trad. it. Di F.C. Papparo, Milano, 1994, 210 sgg. che riconduce sviluppo economico ed evoluzione culturale ad un semplice “conflitto di valutazioni”

²⁵ Si veda G. Oppo, *Diritto dell’impresa e morale sociale*, in Riv. dir. civ, 1992, I, 25 “regole che affermano gli interessi della collettività non possono essere autonomamente poste da “gruppi” senza controllo o accettazione sociale.

naturalità nell'artificialità di un istituto giuridico. Il diritto, del resto, ha sempre dato risposte a conflitti di interessi e non a conflitti tra principi. Questo vuol dire cogliere gli interessi come emergono nella loro specificità e determinatezza, in un contesto di situazioni e circostanze predefinito, che fa da sfondo. E se vogliamo essere più chiari nella connotazione e definizione del mercato, esso può essere rappresentato come un sistema di relazioni governato dal diritto, costituito dalla regola giuridica, piuttosto che istituto spontaneo ed originario. Il mercato è perciò istituto giuridico a tutti gli effetti. La selezione analitica degli interessi, considerati di caso in caso meritevoli o immeritevoli di tutela, combinata alla costruzione artificiale del mercato sono le due forme attraverso le quali il diritto si appropria di persona e mercato. Entrambe esprimono concezioni e ordini di priorità della convivenza sociale, ovvero la politicità del tempo. E' con la sua "mano visibile" che la legge diventa concreto mediatore fra mercato e persona ed i valori ad essi sottesi²⁶. E a quanto detto non si può sottrarre il diritto privato con la sua regola normativa.

Abbiamo iniziato la nostra meditazione assumendo mercato e persona quasi come due antonimi e ne abbiamo poi dimostrato la possibile riducibilità ad elementi entrambi plasmabili dalla forza regolatrice del diritto, ma se vogliamo veramente trasformare le due parole da nemiche e discordi a coppia di alleati è nostro compito sottolineare come esse si ritrovino nel principio comune di libertà. Partiamo con evidenziare la necessità di trovare una adeguata risposta alla domanda circa le misure e il trattamento che dovrebbe essere riservato ai soggetti esclusi dal mercato. E qui più che i concetti di disciplina del mercato e circolazione della ricchezza, entrano in gioco quelli di politica sociale e distribuzione della ricchezza.

Se assumiamo che il diritto del mercato è fondato sul principio di libertà di iniziativa delle imprese e di scelta dei consumatori, allora i problemi di giustizia sociale andrebbero risolti al di fuori della cornice del mercato, senza quindi limitazioni alla concorrenza – che talvolta assumono il carattere di umilianti paternalismi – ma attuando politiche economiche incentivanti di allentamento della

²⁶ A questo proposito L.Mengoni, *Forma giuridica e materia economica*, (1963), ora in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 156, laddove dice : "L'ordine dell' economia deve essere il risultato di una decisione consapevole della comunità politica economica, e in questo caso ritraduce nel concetto di "costituzione economica."

pressione fiscale e di generale miglioramento dell'offerta dei servizi pubblici. Il disegno attuale di ridefinizione della struttura di welfare nel senso non più di stato erogatore, ma di stato promotore di opportunità e facilitatore di scelte²⁷ è indice della volontà di immettere nel mercato nuovi soggetti, ovvero gli esclusi dal gioco sopra menzionati. Un mercato più libero garantisce infatti più libertà di scelta e responsabilità decisionale, garantendo in modo assai più ampio la dignità della persona rispetto a misure pubblicistiche assistenziali che più che proteggere gli esclusi ne mortificano aspirazioni e decisioni. Il “dovere inderogabile” di solidarietà economica cristallizzato nell'art. 2 Cost. va convertito in criterio giuridico che, per quanto riguarda il diritto privato, rinvigorisce il principio di buona fede nella interpretazione ed esecuzione del contratto, promuove negozi di liberalità²⁸ o consiglia misure di politica sociale. E questo è l'unico modo per non vulnerare la libertà del mercato, che abbraccia innumerevoli soggetti (imprenditori, lavoratori, consumatori), e rispettare l'art. 4 della Costituzione che la sancisce.

La libertà diventa quindi tema comune di mercato e persona. E libertà è parola difficile da definire, ancora meno “innocente”, usando l'espressione cara a Irti, rispetto ai termini di persona e mercato. Il valore che essa rappresenta è talmente ampio e sfaccettato da aver portato al terrore giacobino da una parte o alle più grandi e nobili imprese compiute in suo nome dall'altra²⁹. A questo punto soltanto l'efficacia mediatrice della legge che specifica e determina la tutela, come più sopra evidenziato, concretizza e attualizza ciò che sembra altrimenti perdersi nella sua non finitezza.

Se vogliamo distinguere la libertà secondo l'utile distinzione fatta da Isaiah Berlin nella sua prolusione oxoniense del 1958 in libertà negativa, che è libertà dallo stato e assenza di vincoli e impedimenti da esso imposti, e libertà positiva, che è partecipazione alle scelte e all'esercizio del potere politico, il diritto del mercato assumerebbe come propria la seconda. I produttori sono infatti liberi nella competizione e nell'iniziativa, mentre i consumatori nella scelta dei beni e nella

²⁷ Ne è un esempio la fornitura di “buoni” scolastici o sanitari, liberamente spendibili a scelta del fruitore.

²⁸ V. Oppo, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, cit., 20.

²⁹ E' utile a tal punto inserire l'autorevole ammonimento di P. Rescigno, che in *Introduzione al Codice Civile*, Roma-Bari, 1992, 58, secondo il quale “Altre volte si risale a principi di tale larghezza e generalità che appare dubbia l'incidenza effettiva nel nuovo quadro del diritto privato.

consapevole decisione. In conclusione la dignità della persona starebbe nella libertà del mercato e nella lotta della persona al fine del godimento pieno di tale libertà.³⁰

³⁰ R. Jhering, *La lotta per il diritto*, trad. it. di R. Racinaro, Milano, 1989, 85 sgg.

Capitolo 2

L'IDENTITÀ GIURIDICA DELLA PERSONA

Nei paragrafi precedenti abbiamo sommariamente descritto come la Costituzione e il concetto di mercato siano stati rilevanti per arrivare a quella centralità che la tutela della persona umana, e conseguentemente della sua dignità, sembra oggi assumere nel diritto in generale, e in quello privato in particolare.

Il filosofo americano John C. Searle ha elaborato una formula che rappresenta efficacemente la relazione fra uomo (x), persona (y) e diritto © : X conta come Y in C.³¹ Searle spiega che l'entità X assume lo stato di Y in un dato contesto politico-sociale C. Se applichiamo questa formula facendo riferimento all'istituzione- persona ricaviamo che X conta come P (persona) nel contesto politico sociale da noi considerato D (diritto).

Ma che cosa significa P(persona) in D(diritto) ?

Si è soliti dire che P(persona) è soggetto (soggetto di diritto) in D, ovvero centro di imputazione di diritti e doveri nell'ambito dei rapporti fra individui. Questa è una teoria condivisibile, anche se in via ipotetica, visti i dubbi che sorgono circa la medesima titolarità di diritti e assunzioni di obblighi che ricadono sull'uomo-individuo. Per capire meglio la relazione esistente fra persona e diritto è un preliminare fondamentale chiarire che cosa si intende per persona. La persona non è solo connotata dall'elemento fatto fisico³² - inteso come corporeità umana- perché nel diritto essa può essere uomo ma anche animale. Si conferma così che P è identità "istituzionale", plasmata dal diritto, che in base ai suoi criteri fa interagire "il fatto bruto" con una griglia selettiva di valori e costruisce l'uomo-persona che vuole³³ .

E' utile precisare che, dopo l'età moderna, quando il diritto si riduce a legge positiva, non si può più parlare di unica struttura del diritto, perché il diritto finisce di disciplinare sulla base della lettura

³¹ J. R. Searle, *The Construction of Social Reality*, Free Press, New York, 1995.

³² Searle definisce il fatto fisico "fatto bruto"

³³ U. Galimberti, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Feltrinelli, Milano, 1999, 552, laddove afferma che "le singole identità non esistono prima che le regole giuridiche, riconoscendole, le istituiscano...".

della realtà fattuale ma si subordina alla volontà dello stato, si subordina alla legge che è volontà leviatana. L'*appetitus* esige infatti che la realtà sia conforme ai *desideria*, prescindendo dai fatti e dalla stessa *ratiocinatio*³⁴.

A proposito della vicenda della persona, l'etimologia del termine latino *persona* spiega perfettamente l'effetto normocreante della legge. Nel mondo dell'antichità classica romana, *persona* è la maschera teatrale che cela il volto ed altera la voce³⁵. Similmente per quanto concerne il mondo greco, dove *prosopon* significa maschera. Persona quindi è uguale a maschera e in questo modo il termine giuridico è semplicemente fissato : così come nella scena la maschera conferisce il ruolo a chi la indossa così “nella scena del diritto il copione delle persone sta scritto nelle norme”³⁶. Nella definizione del concetto giuridico di persona il lascito del diritto romano assume notevole rilevanza. Come noto il diritto romano ascriveva gli uomini alla categoria delle *personae*, per distinguerli dalla categorie delle *res*, le cose, le entità prive di anima, che rientrano nella disponibilità umana. Così le norme che costituiscono lo *ius* si ascrivono a persone e cose, alle quali vanno aggiunte le azioni³⁷. C'è una sostanziale distinzione fra le prime due categorie e la terza citata : le prime due sono corpi concreti esistenti *in rerum natura*, che si distinguono in animati e inanimati, mentre l'ultima è una creazione dell'intelletto che si articola in un insieme di norme funzionali al soddisfacimento del sentimento umano del desiderio di giustizia. Non a tutte le persone, però, è dato essere titolari di diritti sia in genere (totale esclusione o inclusione nella categoria dei titolari di diritti) sia partitamente (titolarità di alcuni diritti ed esclusione di altri). Ciò crea partizioni e le partizioni a loro volta generano *status* che classificano e censiscono le

³⁴ T. Hobbes in *Elementi filosofici sul cittadino* 14.1, in Opere Politiche, Torino, Utet, 2004, 269 con assoluta chiarezza precisa in argomento “Poiché si obbedisce alle leggi non per il loro contenuto, ma per la volontà di chi le ha emanate, la legge non è un consiglio ma un ordine, e la si può definire così : *La legge è l'ordine di quella persona il cui precetto contiene in sé la ragione dell'obbedienza*. Così si chiamano leggi i comandamenti di Dio agli uomini, dello Stato ai cittadini , e in generale di tutti i potenti a chi non può opporre loro resistenza.

³⁵ Gelli. 5.7, un erudito romano del II secolo d.C. spiega che *persona* deriva da *perdonando*, gerundio del verbo *personare*, che designa quel risuonare e accrescere della voce che si verifica a causa della concentrazione nella maschera e aggiunge “poiché quell'involucro [la maschera] rende chiara e sonante la voce proveniente dalla bocca, per questa ragione è detta persona”.

³⁶ Cfr. U. Vincenti, *Il diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Editori Laterza, Roma-Bari 2007, 30.

³⁷ Gai. 1.8., altro maestro e erudito romano, usando il verbo *pertinere*, che vuol dire “estendere”, “ricomprendere”, insegnava che “tutto il diritto di cui ci valiamo pertiene o alle persone o alle cose o alle azioni.

*personae*³⁸. Questa categorizzazione ereditata dal diritto romano è destinata a segnare anche l'evoluzione futura del diritto, che si è ormai fortunatamente affrancato dalla *summa divisio* fra uomini liberi e schiavi di antica memoria, ma ha continuato a mantenere disuguaglianze di tipo diverso da quella originaria attraverso la perpetuazione nel tempo del concetto di *status*.

Persone, cose, azioni. Con queste fondamentali categorie il diritto romano aveva così organizzato la realtà in funzione della sua disciplina.

La persona si risolve quindi in una entità, prima di tutto fisica - se pensiamo all'ipotesi tipica, ovvero gli uomini - e nella sua capacità di relazionarsi con i suoi simili, ovvero gli altri uomini. Questa capacità relazionale umana che emergeva in ambito classico ha influenzato il pensiero filosofico successivo che ha sottolineato come le cose del mondo acquisterebbero effettiva concretezza solo se esistenti in persone capaci di dominarle attraverso l'azione³⁹. Gli stessi *status* personali sono espressione di questa relazione perché ordinano i rapporti fra uomini. Anche nel mondo romano esistevano altri criteri ordinatori nel rapporto fra uomini, oltre a quello della divisione fra schiavo e libero, che già la coscienza antica vedeva ingiusto e non casualmente applicava la schiavitù ai popoli vinti e sottomessi, vedendola quindi più come il giusto fio che gli sconfitti dovevano pagare che come misura di differenziazione nella società. Oltre alla distinzione schiavo/libero, il diritto romano distingueva tra cittadino e peregrino, ovvero non cittadino, fra diritto *sui iuris* (di cui era titolare il padre di famiglia) e diritto *alieni iuris*, che ricomprendeva i soggetti sottoposti al padre di famiglia, cioè la moglie, o madre di famiglia, e tutti i figli. Solo il padre di famiglia cittadino poteva essere titolare di cose o diritti e del patrimonio.

Di *status* si parla ancora alla vigilia della rivoluzione francese, dove oltre ai celeberrimi tre stati di nobili, clero e il cosiddetto "terzo stato" si suole distinguere fra cittadini e stranieri, fra chi abbia subito la "morte civile" come conseguenza di gravi condanne penali e chi no, fra "indegni" e "degni" a seconda se sia violato o meno certi criteri riassumibili nel concetto di dignità, fra figli

³⁸ Gai. 1.9 laddove dice "Questa è la somma divisione nel diritto delle persone, tutti gli uomini o sono liberi o sono schiavi". Così facendo Gaio indica chiaramente che lo *status* è creatore di disuguaglianza tra le *personae*.

³⁹ M. Scheler, *Der Formalismus in der Ethik und die Materiale Wertehtik: neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus*, Francke, Bern Munchen 1966. Egli definisce la persona "rapporto con il mondo"

legittimi e “bastardi”, fra uomini e donne, fra minori e maggiori di 25 anni, tra sani e infermi di menti e fra donne sottoposte all’autorità maritale e donne sottoposte all’autorità paterna⁴⁰. La Rivoluzione francese cancellerà ogni distinzione ammettendo tutti gli uomini al godimento dei diritti civili. Solo successivamente il Codice napoleonico del 1804 attribuirà diritti civili a tutti i cittadini, e agli stranieri a condizione di reciprocità.

Nei primi decenni del novecento la ripartizione in *status* personali ha mostrato il suo lato più inaccettabile quando, in conseguenza dell’introduzione di leggi razziali, è diventata distinzione fra razze. L’appartenenza ad una razza piuttosto che ad un’altra diventa metro di titolarità di esercizio di diritti o di negazione della titolarità degli stessi⁴¹. Tale aberrazione è stata giustamente condannata dalla storia in Occidente e non ha, fino ad ora, trovato più applicazione nel diritto. Ciò non significa che nel dopoguerra siano scomparse le distinzioni sociali o di “trattamento normativo”; gli *status* sono anzi aumentati a partire da questo periodo e con questi è svanita l’aspirazione illuministica del “soggetto unico universale”, che postula l’attribuzione di diritti e doveri all’uomo in quanto tale, senza distinzioni basate sui -peraltro infiniti- attributi umani.

L’egualitarismo e il solidarismo corrente hanno individuato una serie di *status* che possono comunque mettere a repentaglio la tenuta di un sistema basato sul concetto di giustizia. Essi non trovano fondamento nella divisione fra le persone a tutela e garanzia dei poteri dei soggetti con qualità rispetto a quelli senza qualità, come avveniva nel diritto romano, ma nella protezione degli uomini “senza qualità”, dove le qualità sono misurate sulla base della loro aderenza a ciò che costituisce l’idealtipo, ovvero il “soggetto unico universale” dell’epoca dei lumi. Se immaginiamo, come oggi ampiamente accettato, che l’idealtipo sia il *pater familias* possidente, gli *status* odierni potrebbero essere caratterizzati innanzitutto dalla distinzione fra proprietario e non proprietario cui

⁴⁰ Questa è la divisione elaborata da R. J. Pothier in *Oeuvres*, t.IX, Cosse e Delamotte, Paris, 1846, 3.

⁴¹ A riguardo è indicativo l’art. 1 Cod. Civ. nella formulazione datane nel 1938 dove si afferma che “se la capacità giuridica si acquista dalla nascita sono tuttavia fatte salve le limitazioni alla capacità giuridica derivanti dall’appartenenza a determinate razze”. Queste limitazioni facevano soprattutto riferimento agli ebrei, ai quali era fatto divieto di contrarre matrimonio con ariani, che si vedevano negare l’affidamento dei figli in caso di separazione legale fra coniugi, non potevano disporre della proprietà oltre un certo limite, e infine non potevano dirigere aziende con più di 100 dipendenti.

seguirebbe quella di inquilino e proprietario dell'immobile, di coltivatore diretto e non, di donna e uomo, madre e non madre, minore d'età e maggiore d'età, consumatore e professionista ecc. In ognuno di questi *status* è evidente come la ragione di fondo della distinzione sia protettiva e dettata più da una certa emotività sentimentale che da arido raziocinio. Una battaglia in favore del “soggetto unico universale” oggi sarebbe solo antistorica e quindi destinata al fallimento; ma ciò non impedisce di vedere che il modello di differenziazione sociale contemporaneo è ingiusto e necessita modifiche e ritocchi.

Il contesto relazionale odierno è notevolmente più complesso di quello passato, caratterizzato come è, da pluralità identitarie che una medesima persona può assumere⁴². Tale complessità, peraltro, rende impraticabile il perseguimento della pluralità unica come sommo bene da raggiungere visto che su questa utopia si sono fondati integralismi di ogni genere, proclami di esclusione e incitazioni alla violenza inclusi⁴³.

Da un punto di vista più strettamente tecnico-giuridico, questa pluralità di *status* è difficilmente governabile, e può sfociare in contrasti fra differenti posizioni soggettive che finiscono per eludere la finalità protettiva sopra citata. Dalla proliferazione di *status* non consegue una diretta armonia, anzi, al contrario, la costruzione di una soggettività unica avrebbe conseguenze assolutamente positive in termini di chiarezza e semplificazione dei regimi giuridici. Del resto, il soggetto unico potrebbe non essere fonte di esclusione, che è uno dei maggiori rischi che conseguono alla *reductio ad unum*, se non è prestabilito che esso debba essere bianco, cattolico, maschio, eterosessuale, possidente. Soltanto nel caso in cui il soggetto unico dovesse essere necessariamente in possesso di queste qualità – che peraltro, purtroppo, non si distaccano troppo dall'idealtipo della società occidentale contemporanea – allora si realizzerebbe quella identità unica da cui è bene guardarsi

⁴² A. Sen in *Identità e violenza*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2006, IX, afferma che “la stessa persona, senza la minima contraddizione, di cittadinanza americana, di origine caraibiche, con ascendenze africane, cristiana, progressista, donna, vegetariana, maratoneta, storica, insegnante, romanziera, femminista, eterosessuale, sostenitrice dei diritti dei gay e delle lesbiche, amante del teatro, militante ambientalista, appassionata di tennis, musicista jazz e profondamente convinta che esistono esseri intelligenti nello spazio con cui dobbiamo cercare di comunicare al più presto (preferibilmente in inglese).

⁴³ A. Sen in *Identità e violenza* cit., X, sostiene che “la speranza di armonia nel mondo contemporaneo risiede in gran parte in una comprensione più chiara della pluralità delle identità umane, e nel riconoscimento che tali pluralità sono trasversali e rappresentano un antidoto a una separazione netta lungo una linea divisorica fortificata e impenetrabile”.

perché foriera di esclusione, violenza e sopraffazione. Il minimalismo è la via giusta per la costruzione della soggettività unica positiva, e per minimalismo si intende la sostituzione dell'ideale secondo il quale qualunque uomo è capace di diritti con il più modesto proposito di garantire un' "offerta" di diritti e prestazioni gradita alla quasi totalità dei soggetti. Prendiamo come esempio l'istituzione del matrimonio e il relativo diritto di contrarre matrimonio : oggi assistiamo ad un acceso dibattito fra coloro che vorrebbero estendere il diritto di sposarsi alle coppie gay e coloro che difendono lo schema tradizionale dell'istituzione del matrimonio secondo cui quest'ultimo può essere validamente contratto solo da coppie eterosessuali. Se si vuole preservare la pluralità delle identità di fronte ad un tale dilemma, il tecnicismo giuridico e l'ontologia delle relazioni ci impediscono di approdare alla salomonica soluzione *in medias res stat virtus* e perciò o si preferisce perpetrare la tradizione dell'esclusione delle coppie gay dal matrimonio o si finge che il sesso dei coniugi rappresenti una variabile indifferente ai fini di contrarlo. La *factio*, o finzione giuridica, è istituto ben noto ai giuristi, ma se la finzione fosse applicata al nostro caso, ovvero rendere indifferente l'identità sessuale dei coniugi, si creerebbe un istituto nuovo che non è più il matrimonio e tale risultato, a rigor di logica, non sarebbe gradito né agli omosessuali, né agli eterosessuali. Da qui l'esigenza di abolire la materia del contendere e conseguentemente offrire un diritto gradito alla quasi totalità di coloro che dovrebbero essere sottoposti allo stesso.

E' indubbio che la *ratio* alla base della soggettività unica non ammette, da un punto di vista anche strettamente logico, la contraddizione delle diversità che differenti *status* protettivi esprimono. Ma è qui obbligo distinguere tra *status* e *status* : non si può, ad esempio, in nome della soggettività unica, espungere lo stato di minore che è situazione transeunte, a tutti comune, e per questo oggettiva, ma si possono espungere altri stati. Prendiamo come esempio commercianti e liberi professionisti che godono di particolari tutele giudiziarie per l'esazione dei crediti derivanti dall'esercizio del commercio o dell'attività professionale : la protezione loro accordata trova ragione nell'incrementare lo sviluppo dell'economia nazionale, ma c'è anche chi potrebbe interpretare questa protezione come privilegio corporativo. Questo stato potrebbe quindi essere messo in

discussione in nome del perseguimento della soggettività unica positiva. Altri esempi potrebbero riguardare le c.d. “quote rosa” nelle elezioni parlamentari che possono essere giustificate in ragione della garanzia delle pari opportunità, ma possono anche essere viste come femminismo mascherato o vittimismo di opportunità. Per non parlare poi del consumatore, la cui assistenza è dubbia se rappresenti un argine allo strapotere della grande distribuzione o l’impotenza della società attuale, che non è capace di promuovere un grado sufficiente di consapevolezza nei cittadini onde evitare di farli restare alla mercè di maghi e fattucchiere il cui mercanteggiare truffaldino viene scoperto da note trasmissioni televisive.

La catena degli esempi potrebbe proseguire quasi all’infinito, ma le poche esemplificazioni sopra menzionate fanno capire quanto agevole sia la percezione dell’ambiguità sottostante ad ogni singola situazione protettiva. Tutele speciali per casi particolari dovrebbe rappresentare il limite al processo di proliferazione degli *status* personali e uno dei modi più efficaci per abbattere l’effetto forse più deleterio di questa proliferazione, ovvero la perdita di vista della visione generale della società, che prima di essere costituita da gruppi particolari che fanno pressione per il soddisfacimento dei loro singoli interessi è fatta di cittadini che, assieme ai loro governanti, devono cercare e trovare un senso di appartenenza comune.

2.1 PERSONA E ESSERE.

Al quesito circa chi sia la persona si può rispondere partendo da una prospettiva naturalistica : persona è l’uomo. Da questa risposta si origina, però, la naturalmente conseguente domanda su chi sia dunque l’uomo. Ed è ancora il diritto romano ad aver gettato le basi della concezione di uomo che tuttora rimane e condiziona : l’uomo è persona che è, che esiste. La tradizione individua l’inizio dell’esistenza della persona umana nel momento in cui, uscito dall’utero materno, il neonato emette un vagito : il che è come dire, facendo uso di teorie oggi prevalenti nella dottrina privatistica, che la

vita umana ha il suo inizio quando c'è la prova di esistenza autonoma attraverso un qualsiasi segno di vitalità, come respirazione, movimento, ecc.⁴⁴

E' singolare come questo principio si sia mantenuto sino ai nostri giorni : perfino il Codice Civile nell'art. 1 si limita a dire che "la capacità giuridica si acquista dal momento della nascita" senza precisare quale sia il momento a partire dal quale si possa parlare di nascita. La spiegazione di questa omissione è facilmente rintracciabile nell'implicito riferimento alla tradizione romana e alla sua metodologia nell'individuazione del momento della nascita, oltre che nell'affidamento alla scienza medica futura per correzioni e revisioni della antica metodologia utilizzata.

Sicuramente non soltanto la norma codicistica citata riprende dal diritto romano, ma l'intero apparato normativo in tema di inizio e cessazione della vita si ispira ad esso. L'esempio che può essere maggiormente significativo è quello del concepito. Nel nostro codice, in quanto "non ancora nato", il concepito non è persona e può al massimo godere di quei diritti patrimoniali, come il diritto alla successione ereditaria e alla donazione, che già si vedeva riconosciuti dal diritto romano, fermo restando che ogni acquisto dei diritti resta comunque condizionato al momento della nascita. Perciò vale la regola che la persona è tale quando uomo⁴⁵. Le affermazioni di alcuni, secondo le quali il concepito o embrione debba già essere considerato uomo, e come tale degno di tutela, sono ritenute inaccettabili dalla regola del diritto romano che vede la fuoriuscita dall'alveo materno come unica condizione possibile sulla base della quale parlare di umana esistenza. E' comunque corretto aggiungere che tale regola va giudicata nell'ambito del contesto storico suo proprio, risalente a più di duemila anni fa; così come è altrettanto importante premettere che gli stessi giuristi romani avvertivano la necessità di integrare questa regola con il grado delle conoscenze medico-scientifiche dell'epoca.

Al di là delle possibili valutazioni sul progresso medico-scientifico futuro e della possibilità che esse conducano ad una diversa concezione di inizio dell'esistenza umana, ciò che preme

⁴⁴ Fra i molti si veda B. Albanese, *Persona (dir. rom.)* in Enciclopedia del diritto, vol. XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, 169 sgg.

⁴⁵ Tra il II e III sec. d.c., il giurista romano Papiniano, nel Digesto 35.2.9.1 chiariva a tal proposito che "il feto non ancora partorito non può dirsi correttamente essere un uomo".

sottolineare è che l'idea secondo la quale la persona possa essere una categoria assiologica è infondata : la persona è infatti tale se capace di esprimere il proprio valore attraverso l'azione creativa che supera il mero essere biologico. Questo è ciò che distingue la persona dal mero ente naturalistico in condizione di passività, al quale si potrebbe dare la denominazione di semplice individuo. Se la persona fosse una categoria assiologia, essa sarebbe individuo e non persona.

Tale prospettiva, che permette di cogliere i caratteri della persona, è sicuramente valutativa e antitetica a quella conoscitiva impiegata dal diritto romano; ma essa trova più di un antecedente storico-giuridico. Nelle antiche tradizioni germaniche dell'alto medioevo, ad esempio, la soggettività veniva fatta dipendere dalla capacità di vestire le armi e iniziava con la cerimonia solenne di investitura che variava a seconda degli uomini ad essa sottoposti. E' evidente come in una comunità organizzata in tal modo la donna non avesse altro ruolo se non quello di procreare, visto che per natura non era idonea all'uso delle armi. Da questa incapacità d'uso delle armi discendeva l'incapacità di accrescere e mantenere un patrimonio e quindi di essere titolare di diritti⁴⁶.

La vicenda invocata, oltre ad essere emblematica del trattamento deteriore subito nella storia dalla donna rispetto all'uomo, testimonia una concezione diversa della persona rispetto a quella fissata dalla tradizione romana antica, e cioè che è persona l'uomo che è riconosciuto come tale in mezzo agli uomini. Questa concezione di persona è più in linea con la sensibilità moderna che ha fortemente posto l'accento sulla attitudine relazionale come elemento prioritario di definizione dell'uomo soggetto giuridico. Ed è questa attitudine relazionale che si pone come argine insuperabile nei confronti di qualsivoglia tentativo atto a favorire l'acquisizione della soggettività in un tempo antecedente al parto, collocabile all'interno della vita intrauterina.

⁴⁶ A tal proposito è utile menzionare il capitolo 204 dell'Editto di Rotari del 463, citato da A. Campitelli, in *Persona (dir. interm.)* in Enciclopedia del Diritto, vol. XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, 183, dove si afferma che “ a nessuna donna libera sia lecito vivere nella potestà di sé medesima [...] ma sia sempre soggetta alla potestà degli uomini e in ogni caso del re”.

2.2 PERSONA COME AVERE.

La categorizzazione primaria nel diritto romano era quella *personae-res*, e ciò non avveniva a caso, visto che con il termine *personae* si voleva includere il mondo della realtà sensibile nel suo complesso, dalla categoria degli uomini a quella degli enti inanimati. In altri termini, tutto ciò che l'occhio era in grado di percepire nel mondo naturale costituiva oggetto di diritto, *personae* o *res*⁴⁷. Nel diritto privato attuale non ci si limita ad una definizione di persona basata sulla connotazione incontrovertibile, nella sua rigorosa fattualità, che tutto ciò che non è cosa è uomo. Pur assumendo questa proposizione come punto di partenza, la si scavalca, e si insegna che tutti coloro che sono capaci di essere titolari di diritti e obblighi sono persona. Tale definizione di persona è rivelatrice di un fondamento socio-politico (tutti gli uomini sono uguali in quanto portatori di diritti e obblighi) che differisce in maniera rilevante dalla definizione fattuale sopra menzionata.

Analizzando le due diverse concezioni di persona, quella antica romana e quella attuale, si può affermare che l'impostazione romana appare metodicamente preferibile perché esalta il carattere oggettivo della categoria persona; e l'oggettività è elemento fondante la nozione di categoria, vista la funzione conoscitiva della realtà propria di quest'ultima. E' comunque vero che, non accettando i Romani il postulato dell'uguaglianza tra gli uomini, dovevano distinguere le persone in relazione al loro *status*, sacrificando così, in parte, quella chiarezza metodologica che rende il modello romano preferibile a quello contemporaneo sotto tale categoria. L'impostazione attuale abbraccia invece la tesi dell'uguaglianza, anche se sembra subito contraddirsi di fronte ad un uso della stratificazione sociale per lo meno uguale, o addirittura superiore, rispetto alla tradizione antica.

⁴⁷ Una delle particolari caratteristiche della suddivisione tra le categorie cose e animali è sicuramente rappresentata dall'inserimento dello schiavo nella categoria delle cose. A quest'ultimo non si poteva certo negare la qualità dell'elemento fondamentale costituente l'umanità, ovvero la vitalità, ma ad avere un peso determinante per la categorizzazione di questa figura era qualcosa di diverso dall'esistenza in vita. Ciò che qualificava lo schiavo come tale era il suo essere oggetto di dominio pubblico e privato; da cui discendeva l'essere trattato alla stregua di un oggetto e l'assunzione del conseguente regime giuridico proprio delle cose.

Nel diritto romano, la persona pienamente titolare di diritti e doveri (chiamata *sui iuris*, ovvero di “diritto proprio”) era data dal soggetto ritenuto idoneo a vedersi riconosciuto un proprio patrimonio. Tale acquisto di patrimonio conseguiva dall'accadimento del fatto della premorienza degli ascendenti in linea maschile (morte del padre, del nonno, eventualmente anche del bisnonno). Poiché le donne erano socialmente destinate ad essere mogli e madri e quindi assoggettate all'autorità paterna prima e a quella maritale poi, si capisce come, sulla base del meccanismo sopra spiegato di acquisizione della ricchezza nel mondo romano, le donne fossero escluse dall'accesso al patrimonio e quindi, più in generale, alla ricchezza. A tutto ciò va poi aggiunto che nella famiglia romana spettava al maschio più anziano la potestà sui figli di qualunque età ai quali, di rimando, era negata ogni autonomia patrimoniale. Qualsiasi acquisto da essi posto in essere, redditi da prestazione di lavoro inclusi, sarebbe necessariamente ricaduto nel patrimonio di colui che esercitava la potestà sui figli. Tale impostazione trovava la sua giustificazione nella necessità di conservare la famiglia (termine che in latino aveva il doppio significato di nucleo familiare e patrimonio) attraverso una singola unità decisionale. Questa organizzazione e trasmissione della ricchezza familiare è passata quasi integra alle epoche successive; solo a partire dal Settecento si è iniziato un parziale distacco dal modello dell'antica Roma.

Come già visto, il *pater*, come uomo che in famiglia detiene il potere sulle persone della moglie e dei figli, è l'unico soggetto ad avere la piena titolarità di diritti e doveri. Al maschio veniva quindi attribuito il ruolo della persona attiva nei rapporti sociali ed economici : soltanto ad esso veniva riservata la dinamica dell'evoluzione socio-economica, una tradizione bimillenaria le cui conseguenze sono ancora oggi riscontrabili e che ha radicato la convinzione che la ricchezza sia monopolio maschile⁴⁸.

⁴⁸ Che la convinzione secondo la quale la ricchezza sia patrimonio maschile è tutt'ora piuttosto radicata lo dimostrano la pervicace resistenza della presunzione c.d. nuciana sin a non molto tempo addietro e la formulazione di alcune regole attuali in tema di diritto di famiglia che, nonostante le molte riforme avvenute nel settore in senso notevolmente più egualitario, soprattutto nell'area del divorzio, continua a mantenere questa assunzione di ineguaglianza. Partendo dalla presunzione nuciana, è noto come essa affermasse che i creditori, in caso di fallimento, possono soddisfarsi su qualunque bene della moglie del fallito nella presunzione che i beni della donna fossero stati acquistati comunque con la ricchezza del marito. Tale presunzione è praticamente scomparsa nel corso degli ultimi decenni in seguito all'abrogazione in tutti gli ordinamenti giuridici occidentali.

In conclusione, quello che ci preme sottolineare è come la categoria della persona possa essere identificata oltre che sulla base dell'essere, con le dovute precisazioni, anche su quella dell'avere : persona come essere che ha.

2.3 PERSONA E QUALITA'.

Lo schema è noto : il diritto romano distingueva le persone sulla base dei loro *status*. E' soltanto la qualità di uomo libero, cittadino romano, familiarmente non sottoposto ad alcuno (e quindi *sui iuris*) che attribuisce la capacità giuridica⁴⁹. Nel cinquecento si inizia a sentire la forte esigenza di travolgere tale schema in tutto il suo rigore descrittivo⁵⁰, ma segnali circa la possibilità di un suo abbattimento si hanno a partire da epoche molto precedenti. Già negli anni tardo imperiali la distinzione sociale si attenua, anche se, in Europa Occidentale, una griglia di classi sociali composta da alcune più privilegiate e da altre meno resterà in auge fino alla Rivoluzione Francese⁵¹. Nel tempo che intercorre dalla caduta dell'Impero Romano fino alla Rivoluzione Francese, la società rimane suddivisa. I *Libri Feudorum*, una raccolta di diritto feudale, attesta che la grande società dei privilegiati era divisa in quattro classi distinte : militari, nobili, feudatari ed ecclesiastici. Questa griglia è ripetuta, a grandi linee, nella Francia prerivoluzionaria con i suoi tre diversi stati, di cui i privilegiati sono i primi due; nobili ed ecclesiastici. Come è noto, la più grande conquista dei rivoluzionari fu l'abolizione dei tre stati, con la riduzione di tutti i cittadini ad uno stato unico parametrato sull'assenza di privilegi : da questo momento in poi, secondo quanto afferma l'art.7.1,

⁴⁹ Alcuni giuristi, basandosi su fonti antiche del tempo ed in particolare Dig. 50.13.5.1, individuano l'*existimatio*, ovvero la stima o reputazione la cui cifra è data dalle leggi e dalla morale corrente, come elemento che poteva sminuire o estinguere la capacità giuridica personale, a seconda della valutazione della gravità del delitto commesso che le leggi del tempo statuivano. I giuristi definiscono questo *status* come accessorio rispetto all'acquisizione della piena capacità giuridica e gli conferiscono la denominazione di "dignità integra".

⁵⁰ R. Orestano in *Il "problema" delle persone giuridiche in diritto romano*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1968, 14 cita le parole del giurista francese Ugo Donello, secondo il quale "lo schiavo [...] è uomo, non persona; la parola uomo appartiene alla natura, quella di persona al diritto civile". Le sue parole indicavano l'avvio del percorso che arriva a connotare la persona nella sua artificialità giuridica come soggetto di diritto, titolare della capacità giuridica.

⁵¹ Fra le classi che nell'epoca precedente la rivoluzione francese ottenevano più privilegi sono da annoverare i nobili senatori e gli ecclesiastici cristiani : oltre ad un foro privilegiato composto dai loro stessi pari che li giudicava per i reati commessi, erano comunque esclusi dall'applicazione delle pene più cruente e godevano di immunità fiscali e diritti onorifici.

Code Civil, fatta salva la condizione di reciprocità, “l’esercizio dei diritti civili spetterà ugualmente a qualunque uomo, essendo indipendente dalla qualità di cittadino”.

Gli storici danno a questa regola l’appellativo di regola di fraternità e i giuristi potrebbero definirla regola di razionalizzazione giuridica, trattandosi del postulato indispensabile che consente al diritto di assolvere la sua funzione di dare a ciascuno il suo.

L’art. 6 della *Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino*, approvata il 26 agosto 1789 dall’Assemblea nazionale costituente francese, afferma che “tutti i cittadini, essendo uguali agli occhi della legge, sono ugualmente ammissibili a tutte le dignità, posti e impieghi pubblici, secondo la loro capacità e senza altra distinzione che quella della loro virtù e del loro ingegno”⁵².

Questa disposizione rappresenta l’apice della positivizzazione dell’idea secondo la quale l’uomo in quanto tale deve essere soggetto di diritto, prescindendo da quelle determinate qualità che gli assicuravano rendite di posizione e privilegi. E non è casuale che la medesima disposizione fosse stata preceduta dall’abolizione degli *status* di vantaggio (nobile, cattolico, maschio, primogenito...) che fu decretata nell’ormai celeberrima notte del 4 agosto 1789. L’Assemblea costituente francese si spinse così in avanti fino ad arrivare alla cancellazione della qualità di cittadino, gettando le prime fondamenta per la costruzione della figura del soggetto unico universale che a tutt’oggi è meta ancora da essere raggiunta⁵³.

L’eliminazione degli *status*, che corrispondevano alle qualità della persona⁵⁴, comportò l’elevazione della persona senza qualità a soggetto fondamentale degli ordinamenti giuridici di quasi tutti i paesi europei che adottarono il modello della codificazione francese, Italia compresa. Questo non portò all’affermazione del soggetto unico universale, perché, a parte l’esistenza della

⁵² Per ulteriori approfondimenti in tema si veda *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, a cura di A. Barbera, Laterza, Roma-Bari, 1997, 257 sg.

⁵³ Il soggetto unico universale ebbe vita breve anche nell’ambito della stessa vicenda storica della Rivoluzione Francese, perché con l’avvento di Napoleone al potere e l’introduzione del c.d. *Code Napoléon*, l’art. 7.11 del medesimo attribuisce allo straniero l’esercizio dei diritti civili solo alla condizione di reciprocità e afferma “Lo straniero godrà in Francia dei medesimi diritti civili ai quali sono o saranno ammessi i Francesi, secondo i trattati, dalla nazione cui tale straniero appartiene.

⁵⁴ J. Domat, *Oeuvres complètes*, t.I, Alex-Gobelet, Paris, 1835, 95, definisce il concetto di *status* e lo fa corrispondere al possesso di qualità personali, dicendo “ [gli *status*] sono la conseguenza tutta naturale dell’ordine della società e di quello delle materie della legge civile”.

condizione di reciprocità per i non cittadini che di per sé infrangeva la pretesa universalità di trattamento giuridico, il Codice Civile francese non disciplinava la condizione di molte categorie di soggetti speciali, affidati alla regolamentazione dettata da leggi speciali. Il diritto commerciale dettava le regole per gli imprenditori; il diritto del lavoro quelle per i lavoratori subordinati; il diritto agrario quelle per i coltivatori diretti; le opere dell'ingegno erano disciplinate da particolari norme relative a beni non corporali e avevano come categoria di riferimento artisti e scrittori. La lista di normative speciali che in ragione dei peculiari interessi economici sottesi si affiancava alla disciplina del Codice Civile potrebbe essere ben più estesa. Essa rappresenta un retaggio che ci portiamo dietro ancora oggi, e che purtroppo fonda ,oltre all'attuale disuniformità di regime giuridico, anche quelle tendenze corporative che la moderna società globalizzata trova assai difficile accettare supinamente. Le categorie sopra citate ancora oggi sono portatrici di privilegi di ceto nell'esplicazione delle loro attività, e la loro "specialità" contribuisce ad alimentare la cultura del sospetto verso ogni disciplina differenziata, comprese quelle categorie che veramente necessiterebbero di un trattamento specifico nell'ottica di implementazione del principio di uguaglianza sostanziale.

Al di là delle considerazioni che attengono il presente, con la Rivoluzione Francese si ha la celebrazione dell'uomo senza qualità; un ribaltamento che non poteva evitare il perpetuarsi di ingiustizie perché "la virtù e l'ingegno" come metro di attribuzione della titolarità della capacità giuridica non impediscono che i più intraprendenti, o peggio, i più fortunati siano premiati con il pieno godimento di diritti e doveri rispetto ai più meritevoli.

E' inoltre assai importante osservare che, in astratto, non si potrebbe parlare di uomo privo di qualità, perché anche quest'ultimo dovrebbe essere in possesso di quegli standard etici basilari che fondano la sua capacità di conquista dei beni della vita, almeno secondo il diritto privato⁵⁵ . A

⁵⁵ In merito si richiama il modello romano dell'*existimatio*, secondo il quale alcune professioni (come quella del gladiatore, dell'attore o della prostituta) comportavano l'accusa di *infamia* e gravissime diminuzioni della capacità giuridica.

partire da alcune codificazioni ottocentesche sino ad oggi si registra la permanenza di limitazioni della capacità di agire in seguito a condanne penali di una certa gravità⁵⁶.

In conclusione, se vogliamo analizzare il ruolo occupato dall'uomo senza qualità nella società del novecento e del duemila, dobbiamo arrenderci di fronte a record tutt'altro che positivi. Le vicende che hanno portato alla seconda guerra mondiale hanno codificato una già esistente distinzione fra razze, che è andata a colpire soprattutto quella ebraica, la cui persecuzione trovava fondamento addirittura nelle più antiche legislazioni romano-cristiane. Ma ciò che risulta più grave è la totale indifferenza mostrata dalla scienza giuridica europea che si adattò supinamente al regresso morale e alle gravi contraddizioni che esso portava anche sul piano più strettamente tecnico-giuridico : un esempio per tutti è l'art.1 del Codice Civile italiano, già menzionato, che nell'affermare il principio illuministico secondo il quale la capacità giuridica spetta a ciascuno uomo nato vivo, si affretta poi, con una certa leggerezza, ad aggiungere l'inqualificabile deroga dovuta all'appartenenza a "determinate razze", per il cui trattamento "speciale" si inviava alla legislazione di settore.

La caduta dei regimi nazi-fascisti alla fine della seconda guerra mondiale ha portato all'eliminazione di queste brutte pagine di storia giuridica, ma il proliferare di distinzioni e categorie sociali non si è fermato. Il soggetto unico, l'uomo senza qualità, rimane come punto di partenza ma è costretto ad accompagnarsi ad una miriade di soggetti definiti deboli e degni di particolare protezione (come le categorie sopra elencate di coltivatori diretti, consumatori...) che, sul profilo del diritto, finiscono sovente per imporsi su di lui. Le inevitabili conseguenze di tutto ciò sono la creazione di un regime irrazionale con scarsi risultati in tema di godimento di diritti spettanti ai soggetti dotati di capacità giuridica.

⁵⁶ Il Codice Civile italiano del 1865 all'art.1 disponeva che "ogni cittadino gode dei diritti civili, purchè non ne sia decaduto per condanna penale; il Code Napolèon prevedeva che i figli illegittimi godessero di diritti successori alquanto limitati rispetto ai figli legittimi alla morte del padre e sanciva anche che le donne rimanessero sempre e comunque sottoposte all'autorità maritale.

G.Vismara, *Scritti di storia giuridica*, vol. V, *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 1988, 97 sgg, riscontra la perpetuazione di alcune qualità nei gangli dei sistemi giuridici ottocenteschi nel periodo successivo alla Restaurazione, e fa particolare riferimento al maggiorasco e fedecommesso attraverso i quali era possibile assicurare la titolarità del patrimonio di famiglia a una sola persona (il maschio), così evitando il frazionamento conseguente alla divisione ereditaria. Questi istituti, aboliti da Napoleone, furono infatti reintrodotti nel periodo della Restaurazione.

2.4 PERSONA COME ESSERE VIVENTE.

Stabilire che cosa significa essere vivente, o meglio quando si può considerare un essere umano come vivente, è sempre stato al centro di accese controversie filosofiche, etiche e giuridiche. La chiesa cattolica si batte perché l'inizio della esistenza in vita venga fatto coincidere con il concepimento⁵⁷. Il problema maggiore è che non vengono fornite prove scientifiche, ma il solo assunto che quanto affermato è verità di fede e come tale incontrovertibile verità. E' per questo che coloro abituati a seguire la via della ragione piuttosto che quella della fede per giustificare certi accadimenti, non possono accettare questo postulato. I più convinti razionalisti sostengono addirittura che l'opera dei cattolici ha avuto un effetto controproducente per quanto riguarda il progresso della conoscenza e il più corretto riconoscimento del momento di inizio della vita umana. Il miglior modo per risolvere tale controversia non è certamente quello, che sembra oggi avere molto successo, della contrapposizione fra opposti estremismi; ovvero l'estremismo religioso da una parte e quello laico dall'altra. Entrambi hanno il difetto di fondarsi su posizioni aprioristiche, che finiscono per avvilupparsi in una dialettica distorta dalla quale escono soluzioni antitetiche che sono soprattutto dettate dall'esigenza della contrapposizione a ogni costo.

La risposta alla domanda circa il perché di tanta risoluzione da parte di movimenti laici e femministi nella difesa della massima giuridica che risale a duemila anni fa secondo la quale il parto, prima della nascita, è una porzione della donna o delle sue viscere⁵⁸, può aiutarci nella risoluzione del dilemma relativo all'esatto momento della nascita. Ancora oggi le argomentazioni favorevoli

⁵⁷ La chiesa cattolica per lungo tempo ha abbracciato la dottrina "dell'animazione successiva" alla cui base sta l'idea della evoluzione umana per stadi successivi, ripresa dalla dottrina tomista. Secondo questa dottrina, l'essere sarebbe stato prima un "vegetale", poi un "animale" e soltanto all'ultimo stadio, quando le strutture cerebrali hanno acquisito un grado di autonomia sufficiente, l'essere diverrebbe un uomo dotato di anima razionale direttamente infusa da Dio. Nel novecento, Jack Maritain si presentava come uno dei maggiori sostenitori di questa tesi e nel suo *Approches sans entraves: scritti di filosofia cristiana*, Città Nuova, Roma, 1977, 87 sgg affermava: "ammettere che il feto umano dall'istante della sua concezione riceva l'anima intellettuale, quando la materia non è ancora in nulla disposta a questo riguardo, è, ai miei occhi, un'assurdità filosofica. E' tanto assurdo come chiamare bebè un ovulo fecondato."

Quanto affermato darebbe ragione a tutti coloro che, contrariamente a quanto si pensa, affermano che è la chiesa degli ultimi anni che più si batte per il riconoscimento dell'embrione come essere vivente. Tale battaglia per l'embrione, non sarebbe quindi parte della storia e della teologia della chiesa più consolidate.

⁵⁸ Questo è quanto affermava Ulpiano in Dig. 25.4.1.1 quando diceva: *partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum.*

all'aborto volontario e al non riconoscimento all'embrione di alcuna soggettività in qualunque stadio della sua evoluzione biologica si fondano su questa massima⁵⁹.

A proposito dell'inizio della vita, si segue oggi una corretta metodica fondata su di un protocollo che postula la consultazione indefettibile della scienza⁶⁰. La scienza contemporanea ci dice che l'essere umano esiste da un punto di vista biologico a partire da un periodo successivo ma non lontano da quello della fecondazione. Questa è una risposta diversa da quella data dalla dottrina tradizionale e ci permette di introdurre il concetto di pre-embrione che è cosa ben diversa dall'embrione. Il pre-embrione, a differenza dell'embrione, avrebbe quindi un'esistenza biologica precisa, ma non una identità individuale precisa. Da questa identità biologica può derivare lo sviluppo di certi tessuti, ma non può, invece, conseguire un individuo umano.

Il diritto, visto che è in grado di creare gli uomini che vuole e di equalizzarli alla misura che vuole "normalizzandoli", potrebbe prescindere da quello che è lo stadio della conoscenza scientifica attuale⁶¹. Quanto appena sostenuto contrasta, però, con quanto ci insegna la migliore tradizione giuridica; ovvero che il diritto è (e deve essere) lo specchio della realtà. Una norma che contraddice la conoscenza acquisita, laddove non esistano buone ragioni per sovrapporvi la realtà artificiale imposta dalla legge, sarebbe quindi inaccettabile.

I giuristi in favore dell'aborto argomentano che l'attribuzione di una qualche soggettività all'embrione introdurrebbe, in un ambito così delicato, una logica di esclusione o comunque di competizione⁶². Nel caso in cui a rischio non fosse la vita della madre, la competizione si verrebbe a

⁵⁹ E' interessante far notare che il movimento femminista non è mai stato particolarmente entusiasta della legislazione romana in materia di diritto delle persone e della famiglia e ha invece espresso una quasi totale condanna di alcuni dei suoi istituti basilari come la supremazia del *pater* rispetto alla moglie e ai figli e la deteriore condizione delle femmine rispetto ai maschi, ben esemplificate nel Digesto 1.5.9.

⁶⁰ Anche il diritto romano faceva forte affidamento sulla scienza medica per la fissazione dell'inizio della vita : per la soluzione di questioni inerenti la gestazione e il parto si seguiva la "dottrina di Ippocrate", che offriva le sue soluzioni con la formula di apertura *Ippocrate scrisse* (Dig. 38.16.3.12) o con quella alternativa *secondo l'autorità del dottissimo Ippocrate* (Dig. 1.5. 12).

⁶¹ M. L. Marella ha confermato che, in tema di persone, il diritto dovrebbe prescindere dalla realtà biologica affermando nel *La logica e i limiti del diritto nella procreazione medicalmente assistita*, in www.costituzionalismo.it, Rivista Giuridica on-line, III, 2005, 2, che il giurista non deve lasciarsi impressionare dalla immagine dell'ecografia pre-natale, affermazione, che, peraltro, ha lasciato più di qualcuno perplesso.

⁶² *Ibid.*("Utilizzare la tecnica del diritto soggettivo vuol dire sempre applicare una logica di esclusione e prevalenza")

creare fra il diritto di nascere (ovvero il diritto alla vita), da una parte, e il diritto della donna a disporre del proprio corpo, dall'altra.

I giuristi antiabortisti sostengono, al contrario, che non vi sarebbe una vera e propria ragione ultima che possa far prevalere un diritto , e quindi il diritto della donna, su di un altro e aggiungono che seguire il broccardo per cui “chi esercita il suo diritto non cagiona offesa ad alcuno” è solo funzionale alla conservazione di quell'assetto vigente che continua a perpetrare l'idea che chi è nessuno debba rimanere nessuno.

Essi aggiungono, inoltre, che è proprio il diritto della persona che afferisce il corpo della donna ad introdurre quella logica dell'esclusione che è tanto deprecata dagli abortisti e che deriva dal fatto che i diritti della persona da cui dipendiamo, che derivano dalle costituzioni dell'ottocento, sono modellati sulla struttura e le prerogative della proprietà immobiliare; ma la reazione contro l'occupante abusivo di un fondo non ha a niente a che vedere con l'”occupante abusivo dell'utero”.

Il discorso potrebbe continuare all'infinito, e come già premesso, questioni filosofiche, etiche e morali ivi coinvolte, lo rendono estremamente delicato, al di là dei tecnicismi giuridici. Quello che si voleva ottenere era, più modestamente, porre nel modo più oggettivo possibile i termini di una questione ancora problematicamente aperta.

2.5 PERSONA COME ISTITUZIONE

In svariate occasioni, nelle fonti , si affaccia l'uso del termine persona in relazione a enti istituzionali, a carattere pubblico o privato, che prendono la denominazione di persone giuridiche. Nelle fonti gromatiche, il termine persona veniva associato a *civitas* o *colonia* , cioè persone pubbliche, tra le quali assumeva posizione preminente la *res publica*⁶³ . Ed è in queste medesime fonti che l' istituzione viene fisicizzata e dotata di corporeità : la metafora più ricorrente è l'attribuzione del termine *corpora* alle istituzioni sia pubbliche che private. L'uso della metafora va

⁶³ Agenn. *grom.* P.86.1 – 80.1 Lachmann = p. 46.22-23 – p. 40.1 Thulin

ancora più avanti quando si parla di eredità giacente, ovvero di quel complesso di beni che diventa sostituto della persona che manca (l'ereditando morto così come l'erede che deve ancora presentarsi per l'accettazione dell'eredità)⁶⁴ e che, in quanto padrone delle cose ereditarie in luogo del defunto assume la denominazione di *dominus*.(con l'eredità giacente che declinata al femminile diventa *domina*)⁶⁵.

Queste metafore fornirono ai giuristi medioevali lo spunto per la costruzione della teoria della persona giuridica come concepita nell'età moderna. A queste metafore va poi aggiunto l'apporto del pensiero del Cristianesimo delle origini e la sua equazione generalizzante che portò il concetto di persona a non essere più solamente identificato con l'individualità biologica ma anche con l'*universitas*. E' a partire da questo momento in poi che prende forma la nozione di istituzione, con il Cristianesimo, che una volta diventato religione ufficiale dell'Impero, inizia a pretendere che le sue istituzioni – chiese, conventi, monasteri, fondazioni a carattere religioso dedite alle “opere pie” -abbiano nei rapporti giuridici proprietari e contrattuali la stessa capacità attribuita alle persone fisiche. Questo permise alla chiesa cristiana di crescere in ricchezza, e i fasti dei mosaici giustinianeî ravennati ne sono un esempio evidente. Nell'Alto Medioevo, l'arcivescovo di Ravenna, Mosè, nel caso di morte di tutti i membri di una comunità monastica od ecclesiale arrivò addirittura a sostenere che “il luogo consacrato e circondato da pareti”, cioè le mura con la terra da esse cinta, avrebbero acquisito il possesso e la proprietà di sé stesse. Questa opinione⁶⁶ non incontrò un favorevole consenso, perché, invece, prevalse la soluzione in base alla quale nell'ipotesi di dispersione dei religiosi, i beni rimasti dovessero attribuirsi al fisco pontificio⁶⁷.

La tesi dell'Arcivescovo non è tanto degna di nota per la sua supposta bizzarria o singolarità ma piuttosto perché dimostra come la presenza di forti interessi a cui attribuire adeguata protezione

⁶⁴ Dig. 46.1.22 afferma che “l'eredità fa le veci della persona, alla stregua di quanto accade per un municipio, una decuria, una società”.

⁶⁵ A proposito si veda Dig. 11.1.5; 41.1.61; 9.2.13.2; 28.5.31.1.

⁶⁶ Il glossatore Azione ci riferisce di questa opinione nella *Summa Codicis*, 1.2, n°3, Venetiis 1584,9.

⁶⁷ A tal proposito si veda l'approfondita analisi di E. Cortese, in *Per la storia di una teoria dell'Arcivescovo Mosè di Ravenna (m.1154) sulla proprietà ecclesiastica*, in *Proceedings of the Fifth International Congress of Medieval Canon Law*, Biblioteca Apostolica Vaticana, Città del Vaticano, 1980, 117 sg, che espone, tra l'altro le contrapposte valutazioni in ordine alla teoria di Mosè, di Bartolo, che condivide l'assunto di Mosè, e di Baldo, che vi si oppone veementemente ritenendo l'opinione una *opinio damnata*.

possa far approdare a soluzioni distoniche rispetto alle categorie consolidate o alla creazione di nuove categorie della cui ricaduta in un sistema collaudato e razionalmente costruito non si prende nota.

Volontariamente o involontariamente, l'Arcivescovo Mosè giungeva, infatti, a voler introdurre nel sistema giuridico la nuova e sconvolgente identità della persona come cosa, unica interpretazione possibile al suo assunto che vedeva le mura dell'edificio come proprietarie del relativo complesso patrimoniale.

Alla possibilità di incomprensibili deviazioni dal quadro razionale originario nell'elaborazione della nuova nozione giuridica di persona come istituzione trovarono rimedio i giuristi commentatori del XVI secolo, che intrapresero la via dell'assimilazione dell'istituzione impersonale alla persona in quanto soggetto giuridico provvisto di capacità patrimoniale, come già suggerito nei testi del *Corpus Iuris Giustiniano*. Quei giuristi correttamente dettero la qualifica a qualsivoglia istituzione, di carattere quindi pubblico o privato, di *persona ficta*, ovvero di finzione⁶⁸, un'immagine che ha vita soltanto *in iure*.

Anche se “finzione”, l'istituzione, soprattutto quella privata, avrà gran successo nei rapporti economici, politici e sociali dei secoli successivi. La società di capitali, ovvero l'istituzione con il grado più elevato di costruzione fittizia, si dimostrerà un potentissimo propulsore di crescita economica nelle società moderne e contemporanee. E' utile sottolineare che la finzione relativa ad una persona che in realtà non esiste si dimostrerà oltremodo utile per tutti gli uomini di affari che proprio in quella finzione troveranno, attraverso lo schermo della personalità giuridica dell'istituzione societaria, un rifugio sicuro per i loro profitti, perché la persona giuridica è tecnicamente funzionale a risparmiarli da ogni responsabilità patrimoniale verso i creditori nel caso in cui l'impresa economica fallisca : a fallire infatti sarebbe la società e non il suo padrone.

⁶⁸ Bartolo di Sassoferrato nel *Commentarium in Digestum Novum*, a Dig. 48.19.16.9; afferma che “l'istituzione non è propriamente una persona, ma noi giuristi abbiamo introdotto una finzione in luogo del vero”. A questa affermazione si aggiunge quella del suo allievo Baldo Degli Ubaldi che scriverà della istituzione-persona come di “un'immagine che si percepisce più con l'intelletto che con il senso” nel *In Decretarum Volumen Commentaria* c. 3. X.1. 31. n° 14.

L'istituto della separazione del patrimonio dagli uomini appartenenti all'istituzione deve le sue origini al principio enunciato dal giurista Ulpiano che sostiene "quel che è dovuto all'istituzione non è dovuto ai singoli; e, d'altra parte, i singoli non debbono quanto deve l'istituzione"⁶⁹. Tale principio caratterizza la personalità giuridica di qualsiasi istituzione, pubbliche comprese, e rovescia il principio che si era affermato in età comunale secondo il quale ogni singolo era chiamato a rispondere in solido con il Comune per qualunque debito gravante su quell'istituzione.

Se si vuole concludere con una osservazione, è facile indicare questo concetto di persona come istituzione come uno di quelli che sembra maggiormente alimentare la critica imputata al diritto, da parte di alcuni, di avere il grave difetto di mistificare la realtà. Questo è il classico esempio di una regola giuridica che crea una realtà prima inesistente, con ciò privando gli uomini della capacità di plasmare la realtà. Si nega così l'idea del diritto come "specchio" del reale, un'idea ormai abiurata dalla dottrina contemporanea e dalla visione che essa ha della legge. Quest'ultima infatti, si riduce a mera manifestazione della volontà del titolare del potere, che si crea la realtà artificiale che vuole e che poi impone come verità.

2.6 EVOLUZIONE DELLA INCLUSIONE DELLA CATEGORIA ANIMALI NELLA NOZIONE DI PERSONA.

Severino Boezio definiva l'individuo come "l'unità o la mente o ciò che non si può dividere per la sua solidità, come il diamante"⁷⁰. Usava, quindi, un termine generico capace di accomunare ogni entità indivisibile, comprese cose e animali. La definizione che egli dava di persona differiva da quella data di individuo in quanto persona è l'individuo caratterizzato "dalla razionalità della sua natura"⁷¹. Da questa definizione di persona erano chiaramente esclusi cose e animali.

⁶⁹ Dig., 3.4.7.1.

⁷⁰ Boeth. *Sec.t.* 64, c.97 Migne.

⁷¹ Boeth. *c Eut.t.* 64, c. 1343 Migne.

La nozione di persona diffusasi nel diritto romano muoveva dallo stesso principio; persone erano tutti gli uomini , perché dotati di una uguale natura razionale (schiavi compresi), mentre cose erano tutti gli enti corporali non aventi natura razionale, fra i quali venivano inclusi anche gli animali⁷². Gli enti appartenenti alla categoria cose avevano la caratteristica di poter diventare oggetto di dominio pubblico e privato in quanto privi di natura umana.

L'elemento fondamentale di discernimento delle due categorie era quindi dato dalla razionalità, propria dell'uomo, non presente nell'animale. Ed è questa natura razionale, cui corrisponde l'agire consapevole e naturalmente libero, che consentiva l'affrancazione in qualunque momento dalla schiavitù, il che permette, peraltro, di distinguere tra le cose oggetto di dominio pubblico e privato e le persone oggetto dello stesso. L'essere oggetto di dominio altrui era contro la natura umana e proprio della natura non umana, un accidente che poteva essere oggetto di cancellazione in qualsivoglia momento, in modo così da ripristinare la situazione precedente lo sconvolgimento naturale⁷³. E' ancora il filosofo Kant, in età moderna, a ribadire questo assunto sostenendo che “gli esseri ragionevoli prendono il nome di persone, perché la loro natura ne fa già fini in sé”⁷⁴, seguito, nella prima metà del Novecento da Nicolai Hartmann, che dice “se “persona e cosa”formano una relazione di opposizione all'interno del mondo reale”, solo la persona e non l'animale, è portatrice “nel suo comportamento di valori e disvalori morali”⁷⁵.

Sulla base di queste teorie non sembra affacciarsi alcuna possibilità nella rettificazione della distinzione delle due categorie uomo-animale, in modo da consentire anche a quest'ultima categoria di assumere, entro certi limiti, la dignità di persona. In realtà, come ben sappiamo visto quanto da me precedentemente affermato, qualsiasi rigore classificatorio è facilmente sovvertibile in presenza di un contesto di interessi e valori la cui esigenza di soddisfazione e realizzazione sia più forte del desiderio di mantenere la coerenza del sistema giuridico.

⁷² Inst. Iust. 2.1.12.

⁷³ Dig. 1.5.4.1.

⁷⁴ I. Kant, *Fondazione della metafisica dei costumi*, in *Scritti morali*, Utet, Torino, 1995, 87.

⁷⁵ N. Hartmann, *Fenomenologia dei costumi*, Guida, Napoli, 1969, 24.

E' lo stesso diritto romano a fornire le fondamenta per tale sovvertimento tramite la categoria dello schiavo, nonostante abbia cristallizzato in modo piuttosto netto la distinzione persona-cosa. Pur essendo classificato quale persona, in alcune fonti, come ad esempio *Le Istituzioni di Gaio*, era invece assimilato espressamente alle cose corporali, alla stregua di un fondo o di un vestito, cose con le quali il servo aveva in comune il regime di oggetto di dominio privato. Così come il fondo o il vestito, lo schiavo aveva un valore di mercato e poteva essere alienato verso corrispettivo, anche se con modalità tecnicamente diverse rispetto a quelle usate nella compravendita di beni di altro genere.

Se per gli schiavi era possibilmente essere al contempo persone e cose si potrebbe azzardare la stessa soluzione per altre categorie, come ad esempio gli animali.

Negli ultimi decenni, soprattutto in Occidente, sono nati diversi movimenti, che attraggono consensi sempre più significativi presso l'opinione pubblica, e che si battono per il riconoscimento agli animali di alcuni diritti fondamentali come ad esempio il diritto a non essere maltrattati, uccisi, torturati o usati per esperimenti scientifici; il diritto alla conservazione dei loro habitat naturali e il diritto a non essere sottoposti ad una caccia indiscriminata che ne mina la sopravvivenza e pone alcune delle loro categorie a rischio di estinzione. La lista potrebbe essere potenzialmente infinita ed è soggetta sicuramente a nuove, più recenti, aggiunte.

Il legislatore, forse per spontanea generosità o per necessità politica e propaganda elettorale, guarda con sempre maggiore attenzione a tali movimenti e alle loro proposte, fino al punto di averne positivizzate alcune⁷⁶.

⁷⁶ In Germania, nel 2002, sono state aggiunte le parole "e degli animali" alla clausola che obbliga lo Stato a rispettare e proteggere la dignità degli esseri umani. Più recentemente, in Spagna, è stata varata una carta "per la protezione sociale e legale" delle grandi scimmie antropomorfe; e il parlamento delle Isole Baleari ha riconosciuto "i diritti fondamentali" a scimpanzè, bonobo, gorilla e orangutan.

Per quanto riguarda l'Italia, l'art.5 della legge 20 Luglio 2004, n° 189, ha introdotto la parola "rispetto" riferita agli animali e, più in generale, ha previsto l'integrazione dei programmi scolastici di ogni ordine e grado "ai fini di una effettiva educazione degli alunni in materia di etologia comportamentale degli animali". Significativa in questa direzione è anche la modifica dell'art. 9 della Costituzione, sulla base del disegno di legge costituzionale 29 aprile 2006, ove la parola "rispetto" è espressamente riferita agli animali e si insiste sulla tutela dell'ecosistema "come bene inviolabile della nazione e del pianeta, appartenente a tutto il genere umano".

Alcune proposte sono prive di fondamento, come quella che sostiene l'estensione della tutela dei diritti umani alle scimmie sulla base dell'identità del loro DNA con quello umano. Questa richiesta è priva di fondamento perché da un punto di vista scientifico questa quasi identità dei due codici genetici è tutt'altro che certa, e anche se vi fosse identità, la natura umana, elemento caratterizzante la categoria persona, continuerebbe a mancare, perché non è il DNA che attribuisce questa caratteristica. Altra argomentazione inconsistente e piuttosto miserabile è quella che vorrebbe attribuire i diritti fondamentali agli animali perché l'assunzione della ragionevolezza come elemento distintivo le due categorie sarebbe contraddetta dall'attribuzione degli stessi diritti a infermi di mente e handicappati gravi che ne sarebbero privi. C'è chi deduce la doverosità di tale estensione dal postulato dell'uguaglianza morale di tutti gli esseri viventi. Questa posizione, pur contraddetta da altri che vedono l'esistenza di una gerarchia dell'ordine naturale, proverebbe troppo, allargando il dibattito alla possibilità di introdurre nella categoria delle persone anche gli esseri vegetali.

Onde evitare ambiguità e contraddizioni di regime giuridico, sarebbe opportuno domandarsi se metodologicamente la consolidata distinzione persona-cosa sia ancora valida o se possa essere nuovamente definita. Gli estensori della *Carta della Terra*⁷⁷ ritengono di sì e nel loro ambizioso progetto di ridefinizione hanno sostituito la vecchia categoria di persona con quella nuovissima di "comunità di vita" la quale, per la sua genericità, avrebbe la capacità di accomunare e equalizzare uomini, animali e piante. La nuova categoria è troppo ampia e potrebbe dar adito all'inclusione di altre entità come i minerali o addirittura le pietre. La sua eccessiva ampiezza ne mina l'attitudine a distinguere e a svolgere, quindi, una funzione conoscitiva del reale, sia pure a scopo normativo. Per

Fra le esemplificazioni possiamo aggiungere il regolamento approvato dal Comune di Torino per "la tutela e il benessere degli animali" che impone il rispetto delle categorie etologiche e biologiche di ogni specie e definisce le norme di detenzione di cani, gatti, animali esotici ed altre specie.

⁷⁷ Fra gli estensori più autorevoli di questo documento va menzionato l'ex-presidente dell'Unione Sovietica Michail Gorbacev, in qualità di presidente di Green Cross International. Il testo di questa carta è interamente riprodotto nell'ultimo libro dell'ex statista dal titolo *Manifesto for the Earth: Action Now for Peace, Global Justice and Sustainable Future* (Clairview Books, Glasgow, 2006).

questo non è proposta condivisibile e avrebbe come risultato l'ampliamento di ambiguità e contraddizioni di regime giuridico, che farebbero precipitare nello scompiglio più totale.

L'interrogativo più giusto da porsi è riguardo l'idoneità della vecchia dicotomia persona - cosa ad ordinare la complessità del contesto attuale dove si agitano interessi e domande di protezione ignoti o comunque non considerati fino a pochi decenni fa. Più nello specifico bisognerebbe essere in grado di determinare se animali e ambiente potrebbero ottenere lo stesso grado di tutela e protezione al di là della loro qualifica di persona giuridica o se tale compito fosse reso più facile con la creazione di una categoria unica e indistinta, idonea a comprendere tutti gli esseri viventi (e oltre).

Un primo dato fattuale di immediato rilievo giuridico è la capacità propria dei soli uomini di agire giuridicamente per la tutela dei propri interessi. La capacità d'agire è e sempre rimarrà un elemento fondamentale di demarcazione fra le due categorie, non assimilabile. Chi si è provato con argomenti tecnico-giuridici a teorizzare la soggettività giuridica di animali e piante, ha finito per perdersi in congetture degne di sofisti, senza provarne il contrario. Hanno solo sottolineato la svolta epocale nella concezione del diritto soggettivo occidentale che l'attribuzione della soggettività ad animali e cose porterebbe, perché il diritto soggettivo verrebbe a perdere il tratto di gretto individualismo derivategli dalla sua stessa struttura ricalcata sulla proprietà e sulle prerogative del proprietario finendo per assumere, invece, un fine altruistico caratterizzato dall'attività compiuta dall'uomo a vantaggio esclusivo del soggetto titolare del diritto, che è l'animale. Ciò conferma quanto il limite di distinzione fra le due categorie sia difficilmente superabile. Se questo è vero, la questione dei diritti di animale, piante e ambiente va risolta nell'ambito dei rapporti giuridici che intercorrono fra uomini e non in ambito definitorio-descrittivo. Sono gli uomini che dovrebbero sentirsi moralmente obbligati a proteggere gli esseri viventi non-umani dalle aggressioni di altri uomini. L'obiettivo si persegue, infine, imponendo vincoli di protezioni a singoli e comunità.

Capitolo 3

IL CONCETTO DI DIGNITA' NEGLI ORDINAMENTI EUROPEI.

3.1 LA DIFFICOLTA' DI INQUADRAMENTO NORMATIVO.

Per descrivere gli sviluppi che il concetto di dignità ha avuto negli ordinamenti europei, la parola più appropriata potrebbe essere unicità e unici.

E' un concetto nei confronti del quale molti giuristi, soprattutto privatisti, assumono un atteggiamento sospettoso. Il suo campo di applicazione naturale sembra essere la filosofia, anche dopo quanto stabilito dalla Corte di Giustizia, che rispettosa del dettato dell'art.1 della Carta dei Diritti, ne ha sancito il riconoscimento di principio generale del diritto⁷⁸. Tale decisione è stata vivacemente contestata dalla cultura giuridica europea come oppressiva imposizione di 'un ordine morale superiore'⁷⁹. E questa opposizione nei confronti della sentenza della Corte di Giustizia Europea, ha sicuramente reso ancora più grande l'interesse che già era stato manifestato nei confronti di tale argomento. Sono molti i giuristi che oggi si interrogano sul significato e la rilevanza della dignità negli ordinamenti giuridici odierni.⁸⁰

Ma prima della Corte di Giustizia Europea era stato il diritto positivo, cristallizzato nelle parole del Preambolo della Carta dei Diritti Fondamentali di Nizza, ad aver attribuito un ruolo di primo piano alla dignità. Il fatto, poi, che tale riconoscimento avvenisse al vertice della lista del catalogo dei diritti fondamentali, non è privo di conseguenze. Questa posizione di preminenza attribuisce al concetto di dignità una rilevanza autonoma, distinguendola così dagli altri diritti successivamente

⁷⁸ Corte di Giustizia, 14 ottobre 2004 (C-36/02, *Omega* – per la pubblicazione della sentenza si veda il relativo sito della Corte di Giustizia), e nella medesima prospettiva si veda anche Corte di Giustizia 9 ottobre 2001 (C-377/98), che si era pronunciata sull'uso delle biotecnologie. Per un commento di entrambi le sentenze si veda inoltre Buhler, *Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtscharta*, Berlin, 2005, 135 ss.

⁷⁹ M.R. Marella, *L'armonizzazione del diritto di famiglia in Europa*, in I diritti fondamentali e le Corti in Europa, Napoli 2005, 519.

⁸⁰ Soprattutto nella letteratura francese e tedesca, molti sono i riferimenti e i commenti sul ruolo della dignità negli ordinamenti giuridici odierni. Per la Francia si veda Girard-Hennette-Vauchez (a cura di), *La dignité de la personne humaine*, Paris, 2005; *Justice, éthique et dignité*, Paris, 2005. Per la Germania si vedano Bahr-Heing, *Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung*, Tübinga, 2006; Fisher, *Der Begriff der Menschenwürde*, Francoforte 2005, Siegetsleier – Knoepffler, *Menschenwürde im interkulturellen Dialog*, Monaco, 2005.

elencati e al regime loro applicabile⁸¹, consistente di probabili limitazioni, restrizioni, bilanciamenti e ipotesi di riserva di legge.⁸²

Alcuni giuristi si sono spinti fino a vedere nella dignità umana la nuova “religione civile” del mondo europeo e occidentale sulla quale si può “costruire l’edificio della libertà”⁸³. Nonostante questi suggestivi intenti, rimane comunque il problema circa la realizzabilità e l’effettiva implementazione del principio, da parte dell’ordinamento positivo, nell’esperienza sociale odierna. La comparazione all’idea di religione civile sicuramente non aiuta ad elevare la possibilità di un efficace utilizzo della dignità come strumento promotore di libertà. Dalla proclamazione di Rousseau nel suo “Contratto Sociale”, fino alle ultime interpretazioni della destra neo-conservatrice americana, la definizione di religione civile non è andata oltre il contenitore troppo ampio che la descrive come insieme di valori, di etiche, che vanno a formare un substrato che precede l’insieme delle leggi positive di uno stato e che garantisce una buona condotta da parte dei cittadini, al di là della coercizione statale. L’imperativo morale che prevale sull’imperativo categorico, per coloro che non hanno dismesso la validità degli assunti kantiani.

Ma tornando alle problematiche giuridiche che la dignità solleva, e abbandonando divagazioni filosofiche che ci porterebbero verso lidi sconosciuti, è interessante sottolineare che una delle ragioni fondamentali dell’inquadramento problematico del concetto di dignità negli ordinamenti europei risiede nella tormentata vicenda delle svariate interpretazioni alle quali il Preambolo della Carta di Nizza è stato sottoposto.

L’intento originario degli estensori della Carta era quella di ampliare portata e efficacia della categoria della dignità. Così facendo - visto che la Carta medesima doveva rappresentare la prima pietra per la costruzione di un nuovo edificio europeo, non più solo “mercatocentrico” ma anche

⁸¹ Mi sia permessa a questo punto una digressione sulla opportunità che tale rilevanza offre al concetto di dignità, ovvero sia quella di essere esclusa dagli innumerevoli compromessi al ribasso diventati ormai affare quotidiano in una Europa che è sempre più alla ricerca di sé stessa e della sua identità, e che, se attuati, porterebbero al definitivo svuotamento della sua unicità e rilevanza.

⁸² Già alla fine della seconda guerra mondiale, molte costituzioni di paesi democratici, così come molte delle Dichiarazioni Internazionali, contenevano nei loro preamboli riferimenti al concetto di dignità. I precedenti storici degli estensori della Carta di Nizza erano quindi dati da queste illustri Carte costituzionali e trattati internazionali.

⁸³ Isensee, *op.cit.*, 179-181.

attento alla tutela e garanzia di diritti umani fondamentali nei quali tutti i membri della comunità di cittadini europei si riconoscesse - si voleva enfatizzare il ruolo della Unione Europea come istituzione promotrice di pace e diritti. Questa era, del resto, la ragione principale della costruzione dell'edificio europeo nell'immediato dopoguerra. Il miglior modo di esaltare siffatto fondamento era quello di riecheggiare i riferimenti al concetto di dignità presenti nei Preamboli di Carte Costituzionali e Dichiarazioni Internazionali del dopoguerra, che proprio grazie alla garanzia della tutela della dignità umana si distinguevano nettamente dalla terribile storia precedente di negazione dell'identità umana che si era espressa nelle inenarrabili persecuzioni di gruppi "minoritari" (ebrei, armeni, gay e lesbiche, testimoni di Geova, disabili, gitani.....).⁸⁴ La dignità all' interno del Preambolo avrebbe dovuto così assumere, oltre alla natura di diritto oggettivo, anche quella di vera e propria pretesa giuridica soggettiva, ovvero di diritto soggettivo.⁸⁵

Questa è dunque la "innocenza interpretativa"⁸⁶ della clausola contenente il concetto di dignità; uno dei concetti più affascinanti della storia odierna, il cui fascino è dovuto principalmente alla sua tensione verso il non finito e l'indeterminato. Se questa impossibilità di coglierne tratti caratteristici e definitivi è una delle ragioni del suo fascino, essa rappresenta anche il fondamento per una evidente difficoltà di interpretazione, che oltre a colpire la nozione di dignità, ha anche colpito la clausola contenente tale nozione.

Questo spiegherebbe la definizione della dignità all'interno di dogmi fissi e immutabili, perché laddove l'ermeneutica si arresta di fronte a tanta indeterminatezza, è la sicurezza illusoria del dogma che fa il suo ingresso. In quanto dogma, per la scienza giuridica, la dignità rappresenta al contempo una sfida da fronteggiare e un tabù da abbattere. Il Preambolo della Carta dei Diritti Fondamentali ha fatto propria questa sfida e si propone di trasformare la dignità da dogma con forti influenze religiose a principio laico di una società europea, o meglio europea-occidentale, sempre

⁸⁴ Borowsky, *Artikel 1 (Art.II-61 EurVerf)*, in Meyer, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2. Auf., Baden-Baden, 2005, 73 ss.

⁸⁵ A favore della identificazione della clausola di dignità come clausola attributrice di diritti soggettivi si veda per tutti Hoffmann, *La promessa della dignità umana*, in RIFD, 1999, 621-640.

⁸⁶ Isensee, *op. cit.*, 180 ss.

più plurale. Ma perché questo possa avvenire anche l'interpretazione della clausola contenente il principio deve avere un presupposto unitario.

Una delle principali difficoltà interpretative della clausola è data dal modo estremamente semplice in cui è formulata. Del resto, il carattere di dogma che la dignità ha ereditato dal passato e che solo in parte deve continuare ad avere se vuole diventare la "religione civile" del nuovo millennio⁸⁷, attribuisce alla dignità stessa la facoltà di auto-imposizione, di immediata evidenza, la non necessità di essere sottoposta a giochi interpretativi per essere compresa e applicata. Questo spiegherebbe la semplicità, o "banalizzazione"⁸⁸ della clausola stessa. Tale semplice linguaggio ha però anche un altro importante effetto : la perdita di carattere assoluto della dignità, che diventa diritto fondamentale fra diritti fondamentali, si vede applicare lo stesso regime di questi ultimi e deve coordinarsi e trovare un giusto bilanciamento con gli altri diritti e libertà fondamentali.

Il passaggio da natura assoluta a natura relativa consente alla nozione di dignità di adeguarsi con più facilità ai mutevoli obiettivi di politica del diritto. Negli ultimi tempi il suo ambito di efficacia è stato l'oggetto di una radicale reinterpretazione che ha avuto la conseguenza positiva di placare gli animi di giuristi riottosi all'idea che materie così sensibili, come quelle relative alla risoluzione di controversie riguardanti lo statuto della persona, potessero essere trattate alla luce di un principio assoluto di dignità.

Se la relativizzazione del concetto di dignità è servita a tacere alcune delle critiche mosse all'uso di tale principio come principio regolatore di controversie giuridiche, non ha avuto l'effetto auspicato di mettere sotto silenzio qualsiasi tipo di critica (anche se questo, alla prova dei fatti, è un risultato pressoché impossibile da ottenere con riferimento a qualsiasi istituto giuridico, e non solo). Fra queste un posto di rilievo assume l'obiezione secondo la quale la clausola rappresenterebbe uno strumento di imposizione di modelli valoriali dominanti a detrimento della diversità che sempre più contraddistingue le società contemporanee. La dignità che si vorrebbe imporre sarebbe etero-

⁸⁷ J.Jacques Rousseau ,nel suo Contratto Sociale, libro IV, cap.8, dava questa definizione ai dogmi "les dogmes ...doivent etre simplex, en petite nombre, enonces avec precision sans explications ni commentaries."

⁸⁸ G.Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità*, in Riv. dir. civ., 2002, 801-827.

determinata, delegittimante valori minoritari e avrebbe l'effetto finale di stigmatizzare le differenze⁸⁹.

Queste critiche hanno il difetto di essere fuori misura per una clausola che è oramai svuotata dei significati che l'avevano contraddistinta all'inizio del dopoguerra, quando era divenuta oggetto delle norme di aperture di Costituzioni europee e Dichiarazioni Internazionali. La clausola che oggi fissa il principio di dignità è un istituto giuridico, creato da una norma di diritto positivo, e si identifica, concilia e bilancia con i principi di uguaglianza e libertà, rimanendo priva di una prova autonomia normativa. Avendo variato nel tempo le sue fattispecie normative di riferimento, la tutela della dignità nel discorso giuridico attuale può essere definita come un processo che azzerava ogni contenuto di assolutezza della clausola, perché muta in relazione ai diversi stadi della vita umana. La dignità diventa una serie di ipotesi, di casi modello, che dopo un attento bilanciamento delle posizioni soggettive coinvolte cancellano ogni identità di contenuto. Da principio aprioristico, diventa un principio *a posteriori*. Non precede o plasma la società sottostante e la sua unità di intenti e valori, ma ne rappresenta il prodotto. Solo ciò che l'esperienza sociale sancisce e riconosce può essere prescritto⁹⁰, mentre ciò che è oggetto di dissenso e difformità viene bandito e non potrà mai entrare nell'ambito di applicazione della clausola. L'approccio empirico prevale e la dignità diventa frutto della società di riferimento. Il consenso pacifico che sta dietro all'ambito di applicazione della clausola di dignità rende, inoltre, inutile l'utilizzo del Preambolo per l'implementazione della dignità medesima.

La categoria della dignità non individua più la qualità unitaria che rende soggetti diversi tutti parte di una stessa famiglia :“la famiglia umana”⁹¹. Essa diventa il prodotto di un riconoscimento reciproco tra soggetti che integra la formazione di un contratto sociale⁹² e i suoi destinatari, da corpo unitario che erano, diventano oggetto di un processo di selezione : “la garanzia di dignità umana, intesa come promessa reciproca da parte dei partecipanti al processo costituente...non dice

⁸⁹ G.Resta, *op. cit.*, 841.

⁹⁰ Hoffmann, *op. cit.*, 634.

⁹¹ Delmas-Marty, *Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme, et l'irréductible humain*, in RSC, 1994, 477.

⁹² Hoffmann, *op. cit.*, 641.

nulla riguardo a coloro che non appartengono ancora a questa comunità che si identifica sul riconoscimento reciproco, e dunque non dice nulla sulla vita pre-natale” perché “l’individualità della persona deve esistere”⁹³. Questo contratto sociale è un atto di volontà posto in essere da soggetti che promettono di riconoscersi vicendevolmente una pari dignità, la cui possibilità di condizionata efficacia o successiva revoca continuano ad integrare la presenza di dubbi irrisolti. La natura pattizia del riconoscimento della dignità presuppone l’esercizio di un grado minimo di autonomia che sia tale da poter essere leso dai consociati. Laddove questo grado di autonomia è mancante, la clausola è inefficace. Questo dimostra che la dignità è espressione dell’autodeterminazione umana e si identifica con la libertà dell’individuo⁹⁴. Non è più soltanto impiegata in tutti quei casi che hanno ad oggetto la tutela della vita⁹⁵, e si apre alla ulteriore categoria di tutti quei casi dove la vita umana è priva di dignità⁹⁶.

La tutela della dignità verrà così misurata caso per caso, aprendosi a numerose e complesse sfide che ne dissolveranno quella che un tempo era la sua granitica assolutezza.

3.2 LA VICENDA STORICA DELLA DIGNITA’ : DALLA TRADIZIONE GIUDEO-CRISTIANA AL SECOLARISMO CONTEMPORANEO.

Dopo il paragrafo precedente, siamo arrivati alla duplice conclusione che nella realtà giuridica attuale le difficoltà definitorie circa il concetto di dignità rimangono e che la dignità ha perso la portata assoluta che la caratterizzava. Sembra, peraltro, che il secolarismo delle società contemporanee si trovi sempre più in difficoltà nella ricerca dell’assoluto, che non solo non riesce ad afferrare, ma nel quale finisce addirittura per smarrirsi. La dignità non potrà, quindi, rappresentare la “religione civile” del nuovo millennio, ma dubbi si aprono anche circa il suo

⁹³ Hoffmann, *op.cit.*, 648.

⁹⁴ Moller, *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*, Berlino, 2005.

⁹⁵ Dreier, *Grundgesetz, Artikel 1 Abs. 1*, Tubinga, 2004, Rn, 66 ss.

⁹⁶ A tal proposito si vedano le osservazioni di Cayla-Thomas, *Du droit de ne pas anitre*, Paris, 2002.

inquadramento nel catalogo dei diritti fondamentali ereditato dalle dichiarazioni dei diritti della Rivoluzione Francese.⁹⁷

Per questa ragione “il patrimonio spirituale e morale e l’eredità religiosa, culturale e umanistica”⁹⁸ della dignità vanno indagate; per trovarne il fondamento e capirne rilevanza e importanza oggi.

A partire dall’originario concetto di *dignitas* romana, la storia della dignità è storia di delimitazione del confine fra ciò che è degno e ciò che non lo è⁹⁹. Essa costruisce una gerarchia alla cui sommità si trovano tutti quegli atti che si possono definire come integranti la pratica della dignità e alla cui base si trovano gli atti che non integrano suddetta pratica. La società romana distingueva fra soggetti “degni”, ovvero soggetti titolari di responsabilità che erano fonti di privilegi, riconoscimento e prestigio, e soggetti “indegni”, ovvero soggetti privi di diritti oltre che di doveri. Poiché la responsabilità, al tempo, non aveva ancora assunto un valore autonomo, si tendevano a sovrapporre responsabilità e dignità. Il termine latino *dignitates* potrebbe oggi essere tradotto con il vocabolo “responsabilità”¹⁰⁰, creando un legame diretto fra lo status individuale nella società e l’attribuzione della qualità di dignità.

E’ la tradizione giudaico-cristiana che rovescia totalmente questo quadro improntato sull’*humanitas* di carattere stoico. L’Antico Testamento e la sua rivelazione dell’esistenza di un patto fra Dio e l’uomo, la sottolineatura che l’uomo è stato creato ad immagine di Dio, sono tutte formule che danno sostanza ed espressione ad una nuova definizione di dignità. L’individuo essere umano viene a caratterizzarsi in tutta la sua unicità e infungibilità, perché unica tra le creature viventi ad essere stata fatta ad immagine e somiglianza di Dio. Ma allo stesso tempo, egli è anche parte di una grande

⁹⁷ Commentando la Carta di Nizza, Braibant ne *La Charte des droits fondamentaux de l’Union Européenne*, Parigi, 2001, 88 sottolinea che la dignità “ non figurava nelle Dichiarazioni adottate dalla Francia e dagli Stati Uniti alla fine del XVIII° secolo e neppure nei testi adottati nei due secoli successivi. Per tradizione, carte e Dichiarazioni dei Diritti si fondavano maggiormente sulle nozioni di libertà e uguaglianza.”

⁹⁸ Isensee, *op. cit.*, 199.

⁹⁹ A questo proposito Byoi, ne *La Dignità: questions de principes*, in Justice, éthique et dignité, Parigi, 1998, 47 ss afferma che “la storia del concetto si identifica soprattutto nel seguire i percorsi di delimitazione di quelle frontiere (di dignità e non dignità).”

¹⁰⁰ Ancora Byoi, *op. cit.*, 50 ss osserva che “Essere titolare di responsabilità e di dignità non erano concetti separati nell’ambito di una cornice gerarchica di dignità...La dignità di un individuo non è separata dalla posizione da esso occupata all’interno di un ordine politico e cosmico, che , lontano dal garantire e implicare piena libertà, si appresterà a tenere di conto degli atti compiuti all’interno di quella determinata cornice sociale. Necessiterà che quegli atti compiuti non siano o siano malamente posti in essere perché il titolare sia definito indegno.”

famiglia, la “famiglia umana”, composta da tutto il creato. In ragione della sua speciale qualità di “*imago dei*”, all’uomo è affidato il comando del creato stesso e ha la duplice responsabilità di essere fedele verso Dio e verso gli altri esseri che lo compongono. Su queste due nuove responsabilità verrà misurato il grado di dignità dell’uomo, una dignità che si apre verso un orizzonte universale e assoluto, che si allarga all’intera “famiglia umana”.

L’esperienza dell’Incarnazione di Dio in Gesù Cristo nel Nuovo Testamento dà alla dignità un nuovo fondamento. La dignità assume i connotati del Dio fatto uomo che si è assunto su di sé le miserie umane per redimere gli uomini peccatori, ed è stato oltraggiato e umiliato nella sua stessa dignità di uomo. Ma dopo la morte, perché Figlio di Dio, è risorto, dimostrando che la dignità nella sua essenza non può essere distrutta da qualsivoglia negazione di tipo fisico e morale¹⁰¹.

Vecchio e Nuovo Testamento impongono una originale e dirompente nuova definizione di dignità che verrà arricchita dal contributo della contemporanea Patristica greca e latina e con la quale anche il successivo mondo secolare contemporaneo dovrà scendere a patti.

Il maggiore problema di questa concezione di dignità era dato dalla oggettiva difficoltà di influenza sulle dinamiche sociali. Questo problema verrà risolto dal pensiero filosofico e politico dell’età moderna, che pur essendo autonomo – per l’assenza della commistione etica-teologia - continuerà a riallacciarsi a questo stesso orizzonte religioso e alle sue influenze.

Negli anni immediatamente precedenti il Rinascimento, la dignità umana veniva identificata nella facoltà di ottenere ciò che si vuole e nella facoltà di essere quelli che si vuole essere¹⁰², con la possibilità di tendere verso il sub-mondo dei bruti e l’empireo delle creature semi-perfette.

¹⁰¹ Ratzinger, *Introduzione al cristianesimo*, Brescia, 2005; Neri *I fondamenti biblici dell’età cristiana*, Bologna, 1996.

¹⁰² Pico della Mirandola in *De hominis dignitate*, Firenze, 1942, 103 ss all’interrogativo “perché l’uomo sia il più felice degli esseri animati e degno perciò di ogni ammirazione, e quale sia la sorte che toccatagli nell’ordine universale è invidiabile non solo per i bruti, ma anche per gli astri, per gli spiriti oltremondani” dà questa risposta : “Il Sommo Padre, Dio creatore, accolse l’uomo come opera di natura indefinita e postolo nel cuore del mondo così gli parlò: “non ti ho dato, o Adamo, né un posto determinato, né un aspetto proprio, né alcuna prerogativa tua, perché quel posto, quell’aspetto, quelle prerogative che tu desidererai, tutto secondo il tuo voto e il tuo consiglio ottenga e conservi. La natura limitata degli altri è contenuta entro le leggi da me prescritte. Tu te la determinerai da nessuna barriera costretto, secondo il tuo arbitrio, alla cui potestà, ti consegnai. Non ti ho fatto né celeste, né terreno, né mortale, né immortale, perché di te stesso quasi libero e sovrano artefice ti plasmassi e ti scolpissi nella forma che avresti prescelto. Tu potrai degenerare nelle cose inferiori che sono i bruti; tu potrai, secondo il tuo volere, rigenerarti nelle cose superiori che sono divine.”

Lo stretto connubio fra dignità-libertà, che contraddistinguerà tutto il pensiero occidentale moderno, viene così ad essere fissato. Ma è fuori dubbio che questo legame non sia esente da responsabilità, e la responsabilità in questione è quella dell'uomo nei confronti di Dio. In altre parole, l'uomo deve guadagnarsi la sua dignità non venendo meno alle responsabilità sue proprie nei confronti del Sommo Essere. La responsabilità è la contropartita dell'unicità umana, e usando le parole dei giusnaturalisti "la dignità umana è inferiore a Dio che è al di sopra della legge, e superiore agli animali che a quella medesima legge sono invece estranei"¹⁰³. La libertà è data all'uomo per permettergli di agire secondo morale e si trasforma così in espressione della dignità.¹⁰⁴

Con il giusnaturalismo si dà avvio ad un percorso di costruzione di una concezione secolare di dignità che però trova ancora le sue fondamenta nella tradizione giudaico-cristiana. Il contratto che lega Dio e l'uomo non è infatti lo stesso contratto stipulato fra soggetti liberi che dà fondamento e legittimazione al potere politico e che è comunemente noto come contratto sociale. Poiché la dignità è connotata della natura dell'uomo libero creato simile ai suoi simili, è antecedente e misura dell'ipotetico patto sociale stipulato tra gli uomini, e non viceversa.¹⁰⁵

La tradizione giusnaturalista ha comunque il pregio di sciogliere il legame fra dignità e responsabilità proprio della dottrina stoica; due concetti che d'ora in poi troveranno come unico comune riferimento solo la libertà¹⁰⁶.

¹⁰³ Pufendorf, *Il diritto di natura e delle genti*, I, Este, 1839, 273 ss.

¹⁰⁴ Ancora Pufendorf, *op. cit.*, II, 51, afferma che la dignità dell'uomo si esprime nella libertà "pianata propriamente nella natura sua. Infatti il nome sol d'uomo porta seco lui l'idea di una tal dignità, che qualor da un insolente cimentato e soperchiato viene, qualcuno non suol rispondere ad un cotale, se non : io non sono un cane ma son uomo come tu. Siccome per la natura, vale a dire per la costituzione esterna e interna dell'individuo suo, ognuno eguale si vede agli altri uomini, così in diritto si giudica di esigere gli stessi riguardi, e di godere delle prerogative a tutti comuni e convenienti al suo essere. Di fatti società fra gli uomini non vi potrebbe essere, se in questa uguaglianza e conformità di natura non si riguardassero, e relativamente alla medesima di trattarsi in debito non si ritenessero. Da ciò proviene, che per la legge di natura ognuno deve stimare e considerare gli altri uomini come a lui naturalmente uguali. Poiché ciascuno avendo un diritto per ferro da poter pretendere dagli altri i doveri dell'umanità, chiunque viola rispetto ad alcuno un tale diritto, un vero e reale danno gli apporta."

¹⁰⁵ In questo caso si nota come le posizioni di Hoffman e Pufendorf siano opposte, perché Hoffman costruisce la dignità come frutto esclusivo del contratto sociale.

¹⁰⁶ Bioy in *dignità e responsabilità*, in *La dignità*, cit., 191-200, sostiene che "moralizzata, la responsabilità è legata alla condotta individuale, è giudicata da Dio che tiene conto dell'intenzione umana individuale, dell'atto soggettivo, del suo carattere di colpevolezza. Dal punto di vista del diritto, la responsabilità si identifica con l'atto individuale e si estrinseca nella libertà di agire che ne consegue necessariamente."

La progressiva secolarizzazione delle società moderne avrà come conseguenza un nuovo ribaltamento del concetto di dignità.

Abbiamo visto che il pensiero filosofico moderno lega la dignità alla capacità di agire moralmente, o “con responsabilità”, che è caratteristica “naturale” e universale di tutta l’umanità. Paradossalmente, così facendo, esalta la qualità della persona, che viene valutata come fine in sé stesso. Il libero arbitrio nella decisione sul che fare sta alla base del meccanismo sulla imputazione di responsabilità¹⁰⁷, poiché saldando la dignità di soggetto dotato di volontà e libertà con la capacità di rispondere di questa autonomia lo rende responsabile.

Questa nuova prospettiva di pensiero restringe l’orizzonte di riferimento del soggetto, che dal creato che sta al di sotto dell’uomo della tradizione cristiana, si riduce all’umanità in senso stretto¹⁰⁸. La categoria stessa della dignità è così spostata dall’area della natura a quella dell’umano, rischiando di rimanere priva di senso. La fredda analisi schmittiana, secondo la quale è la divinità e non la barbarie ad essere contraria all’umanità, sintetizza in maniera efficace quanto sopra sostenuto.¹⁰⁹

Essendo la categoria della dignità ormai perfettamente umanizzata, sarebbe più proprio definire gli atti indegni come “bestialità”, ovvero attività proprie di un mondo nettamente inferiore, che ha perso la sua pari dignità con gli umani, perché la comunanza di Creature di Dio non ha più validità in questo nuovo orizzonte che prescinde da trascendenza e sovraumano.

In questo modo viene ad affermarsi la asimmetria tra ciò che è umano e ciò che al di sotto dell’umanità, che avrà il suo tragico epilogo nell’esperienza del nazionalsocialismo e nella conseguenza di spazzare via ogni traccia di umanità nell’uomo¹¹⁰. L’olocausto può infatti essere

¹⁰⁷ Mazerès in *Recherche sur les fondements meta-ethiques de la responsabilité*, datt., s.d., 322 ss; Klein, *La notion de dignité humaine dans le pensèe de Kant et Pascal*, Paris, 1968, 17 ss; Goyard – Fabre, *Responsabilité morale et responsabilité juridique selon Kant*, in APD, 113 ss.

¹⁰⁸ Bioy, *La dignité*, cit., 48, sostiene che così entra in crisi “la lunga costruzione della dignità della persona umana” che aveva visto “il suo ambito di riferimento racchiuso fra le duplice dimensione dell’umanità- per la quale Dio aveva dato sé stesso- e del resto della creazione”. Al suo posto prende corpo una distinzione, consacrata dal razionalismo Kantiano secondo la quale la dignità è “tutta interna all’umanità, intesa sia come singolo individuo, che come comunità di esseri umani. Se tutti gli esseri umani hanno come potenza quella di diventare persona, se tutti gli esseri umani meritano di essere definiti persona, la morale del soggetto ricorda una dignità attaccata alla responsabilità che il soggetto assume nei confronti di certi atti e secondariamente in funzione della sua ontologia di essere umano”.

¹⁰⁹ Schmitt, *Nachwort*, in Krauss-Von Schweinichen, *Disputation über den Rechtsstaats*, Amburgo, 1935, 84-87.

¹¹⁰ Piepoli, *Dignità e autonomia privata*, in Pol. dir., 45-54.

descritto come la più storicamente evidente negazione dell'umanità negli uomini da parte di altri uomini¹¹¹.

Se quel determinato concetto di dignità aveva portato a tali, impensabili, conseguenze, la necessità di rivedere tale nozione si faceva sempre più urgente, e con essa l'idea che si dovesse recuperare quella dimensione di assoluto della categoria, la cui negazione aveva generato nefasti sviluppi.

Per questo, la tradizione giudeo-cristiana tornava ad essere invocata da più parti come la migliore soluzione, perché unica ad affermare l'antecedenza della dignità rispetto ai paralleli concetti illuministici di libertà ed uguaglianza.

Il Preambolo della Carta dei Diritti sottende questa idea e riconosce la finitezza dell'uomo e delle sue costruzioni normative. In esso è contenuta una attestazione di modestia, così diversa dalla fiducia illuministica nell'autosufficienza umana. Dio è sicuramente scomparso come istanza garante della identità umana, ma la necessità di trovare una entità che si sostituisca al Dio trascendente e definisca la comune natura umana, oltre ad impedire che l'uomo sia trattato non come uomo da altri uomini, rimane e fa da sfondo al Preambolo commentato.

Questo non significa che il Preambolo tradisce il principio di laicità, che è fondamentale conquista contemporanea, perché non ricopia e fa proprio il principio di dignità espresso dal pensiero cristiano, ma bensì ne assume il contenuto secolare.

L'assoluto che risplende nella clausola di dignità è dunque un riflesso del religioso¹¹².

¹¹¹ Sul punto fra i tanti si veda Revault- D'Allonnes, *Ce que l'homme fait à l'homme*, Parigi, 2000,30 ss; Id.; *A' l'épreuve des camps : l'imagination du semblable*, in *Fragile humanité*, Parigi, 2000, 145-150; Amèry, *Intellettuale ad Auschwitz*, Torino, 1998, specie 66; Rossetti, *Introduzione*, in Ghepardi, *Le quercie di Monte Sole*, Bologna, 1986,8.

¹¹² Isensee, *op. cit.*, 209.

3.3 L'INQUADRAMENTO NORMATIVO DELLA DIGNITA'.

La clausola di dignità dell'art. II-61 non è sottoponibile a restrizioni o bilanciamento e rappresenta la positivizzazione dell'idea assoluta di dignità. Per questo non è inseribile fra i diritti fondamentali, ai quali si applicano per definizione limiti e bilanciamenti con le analoghe posizioni soggettive dei terzi. La dignità, intesa come diritto fondamentale, opererebbe con riferimento e in "relazione" ai terzi, svuotando così il suo contenuto assoluto.

Non è casuale che la dignità preceda la lista dei diritti fondamentali dell'intero Titolo I, Parte II, che è a sua volta modellato sulla nozione di dignità che lo precede. Essa è il fondamento di un catalogo di diritti che in una esperienza giuridica secolarizzata non possono avere un proprio ulteriore fondamento, ed assume, inoltre, l'antico ruolo di chiave di volta dell'intero sistema di diritti e libertà fondamentali di cui rappresenta l'originaria clausola assoluta e generale.

Proprio per la sua natura assoluta, la clausola di dignità non circoscrive un ambito di tutela ben determinato, come avviene per i diritti fondamentali, dove ciascuno di essi dà protezione ad una determinata posizione soggettiva. Essa non prefigura un singolo soggetto di protezione ben specificato, o un bene riservato all'autonomo soggetto che ad esso si riferisce ed è precluso all'intrusione del potere pubblico. Il suo ruolo è quello di modellare l'ordinamento sociale di riferimento e dare ad esso un ethos, che rifletta quello della società circostante. La sua influenza varia a seconda del contenuto del diritto da tutelare, della materia disciplinata e del grado di vicinanza con le norme a cui fa da fondamento.

Se la dignità è centro del sistema, questo non ci deve indurre a pensare circa l'esistenza di una completa separazione fra diritti fondamentali e dignità : è invece vero il contrario, ovvero una commistione articolata e un legame indissolubile che è più chiaramente evidente in certi diritti, come quello alla vita, alla libertà di pensiero e all'integrità fisica.

Il preambolo degli art. II-61, è quindi un principio generale del diritto. Questo non esclude che, se riconosciuta formalmente con riguardo a specifiche fattispecie, la clausola di dignità non dia origine

ad una pretesa soggettiva al suo rispetto di fronte a possibili e diverse violazioni. Per ottenere questo tipo di protezione sarebbe però auspicabile definire con certezza l'oggetto di tutela, e laddove non ben definito, crearne uno nuovo¹¹³.

In quanto principio, la dignità costituisce la chiave di interpretazione di molte norme, oltre che talvolta esserne la ratio ispiratrice. Qualche giurista l'ha definita, in modo appropriato, *idea*¹¹⁴, perché non dà diretta protezione ad un bene giuridico, ma è il terreno in cui si radicano un determinato complesso di beni giuridici. Da questa posizione apicale risolve i conflitti fra attribuzioni configgenti di diritti e le sue sollecitazioni in materia di risoluzione di conflitti hanno una natura etica. Esse necessitano di essere positivizzate, anche se ciò non le farà mai venir meno di quel *quid pluris* esclusivamente etico che le caratterizza.

Se vogliamo raggiungere delle conclusioni, si può quindi pacificamente affermare che, come è proprio del rapporto tra *ratio legis* e *lex*, oltre a guidare il processo ermeneutico delle norme sottostanti, la dignità rinvia necessariamente alle medesime norme. In altre parole essa garantisce, specificando la norma e il suo contenuto, la sua effettività. Questo eviterebbe le banalizzazioni circa la nozione di dignità, che la relegavano ad un piano astratto e ultroneo rispetto alla esigenze di implementazione ed efficacia del diritto. Come conseguenza, le corti tutelano la dignità umana sanzionando i comportamenti contrari al catalogo dei diritti e delle libertà fondamentali e a tutti gli altri precetti normativi fondati sul principio di garanzia della dignità. Istituti giuridici, e non pura astrazione ideale, fanno da corollario alla esigenza di garantire la dignità. E', però, interessante notare come la natura peculiarmente etica e ideale della dignità apra a prospettive che vanno ben al di là degli istituti giuridici sopra menzionati, rendendola parametro che misura e, conseguentemente, legittima una coerente e adeguata attuazione di questi stessi istituti. Dall'assoluto dell'idea di dignità si scende al relativo dei casi di specie che vanno bilanciati con riferimento all'idea di dignità medesima. L'assolutezza che gli è propria non impedisce, però,

¹¹³ A riguardo, Piepoli, *op.cit.*, 58, suggerisce l'introduzione dell'area della personalità del malato nell'ambito sanitario; quella dell'onore o della vita privata del prestatore di lavoro nell'ambito del diritto del lavoro... etc.

¹¹⁴ Piepoli, *Tutela della dignità e ordinamento della società secolare europea*, in RCDR, 2, 2007, 25.

l'eliminazione della precarietà e dei limiti dell'ordinamento giuridico positivo che rendono la dignità e la sua protezione emblema controverso e contraddittorio della società stessa.

In conclusione, attraverso la clausola la persona viene ritenuta come soggetto unico e infungibile, oltre che rappresentazione della "famiglia umana universale". Se per umanità, abbiamo visto che si intendono relazioni fra individui fondate su di un imperativo di reciproco riconoscimento, da un lato la dignità tutela una rete di rapporti sociali vicendevoli impedendo esclusione e sfruttamento della persona, con particolare riferimento a tutti quei casi che sono testimonianza di abuso e dominio reale o parziale su soggetti più deboli e vulnerabili, da parte di terzi, gruppi di soggetti o potere pubblico; dall'altro "la dignità comune a tutti gli individui implica una protezione oggettiva e indisponibile dell'essere umano"¹¹⁵. In questo caso la dignità è tutta interna al soggetto stesso e si identifica con il potere di limitazione a disporre di sé stessi, che deriva dall'indisponibilità della persona intesa come qualità degli elementi che compongono la comune dignità. In questo caso si legittima l'ordinamento ad intervenire per limitare l'agire umano che non segua comportamenti consoni alla tutela della dignità umana.

Questa è la dialettica fra universale e particolare sulla quale si muove l'intera storia, presente, passata e futura della dignità.

¹¹⁵ Bioy, *op. cit.*, 65.

3.4 LA DIGNITÀ UMANA E IL DIRITTO OCCIDENTALE.

I casi più significativi che in Europa hanno evidenziato l'importanza della dignità sono quello francese a favore dell'interruzione di gravidanza¹¹⁶ e quello tedesco dove le corti si sono espresse con parere contrario¹¹⁷; a cui si aggiungono la pronuncia a favore della libertà di opinione in Israele¹¹⁸ e quella bilanciante la libertà di opinione con altri diritti fondamentali in Italia¹¹⁹; quella che tutela l'integrità dell'embrione e, conseguentemente, il diritto alla vita, in Germania¹²⁰; quella che riconosce il diritto alla tutela contro il danno per *wrongful life* da cui discende l'attribuzione del risarcimento per danni subiti in Francia¹²¹; quella che concede il riconoscimento giuridico ai matrimoni fra gay e lesbiche in Sud Africa¹²² e Canada¹²³; quella che legittima tutte le tipologie di convivenze non fondate sul matrimonio in Ungheria¹²⁴; e infine quella che, con l'intento di garantire degli standard minimi di vita e sicurezza a tutti i cittadini di una certa comunità, tutela gli interessi dei diritti individuali contro il diritto generale e statale della sicurezza nazionale in Germania¹²⁵.

¹¹⁶ Conseil Constitutionnel, Décision n. 2001-446 DC, 27 giugno 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*.

¹¹⁷ BVerfG, 25 febbraio 1975, *Neue Juristische Wochenschrift* 1975, 573; BVerfG, 28 maggio 1993, *Neue Juristische Wochenschrift* 1993, 1751.

¹¹⁸ "Jerusalem Community" Funeral Society v. Lionel Aryeh Kestenbaum, CA 249/91, 46 (2) PD 464 (Hebrew), in R. Brownsword, *Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity*, in D. Friedman, D. Barack-Erez (eds.), *Human Rights in Private Law*, Oxford, Art Publishing, 2001, 181.

¹¹⁹ Corte Cost., 17 luglio 2000, n.293, in *Giurisprudenza Costituzionale* 2000, 2239.

¹²⁰ Embryonenschutzgesetz (ESchG), 13 dicembre 1990, e più in generale sul tema della dignità in Germania nell'ambito del dibattito sulla bioetica si veda E.W. Boecknfoerde, *Menschenwurde als normative Prinzip*, in *JuristenZeitung*, 2003, 809.

¹²¹ Cour de Cassation, Ass. plèn., 17 novembre 2000, Bull. Civ., 2000, n. 9, 15. Per chi è interessato a vedere l'uso "inappropriato" della dignità come potente richiamo retorico per negare il c.d. diritto a non nascere veda G. Criscenti, *Il diritto di non nascere*, in RCDP, 2-2007, 112-113.

¹²² *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and others v. Minister of Home Affairs and others* 2000 (2) SA 1 (CC); 2000 (1), BCLR 39 (CC), 47.

¹²³ *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 S.C.C. 79 (9 dicembre 2004) 2.

¹²⁴ Corte Costituzionale d'Ungheria, 8 marzo 1995.

¹²⁵ BVerfG, 15 febbraio 2006, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2006, 751. Al centro della vicenda giudiziaria si trovava la legittimità costituzionale del § 14 (3) della Legge tedesca sulla Sicurezza del trasporto aereo (*Luftsicherheitsgesetz* 12 gennaio 2005, BGBl. I, 78). Tale norma è stata dichiarata incostituzionale dal Tribunale Costituzionale Federale tedesco. La disposizione normativa attribuiva al Ministero della Difesa tedesca il diritto di abbattere un aereo passeggeri in presenza di due condizioni: ragionevoli indizi che l'aereo potesse essere utilizzato come arma terroristica a detrimento della vita di altri individui e, ritenendo la misura come *ultima ratio*, la non presenza di soluzioni ultronee per evitare il suddetto pericolo. Il Tribunale Federale ha ritenuto che la norma violasse il diritto fondamentale alla vita e alla dignità umana garantiti dalla Costituzione tedesca (art. 2, c.2, I periodo, per il diritto alla vita e art.1, c.1 Cost per il diritto alla dignità umana). La dignità umana sarebbe stata negata, sempre secondo il Tribunale, dalla assimilazione

L'elenco dei casi citati ci mostra come ampio sia lo spettro di applicazione del concetto di dignità. Se questo eclettismo in parte deriva dalla dimensione eminentemente filosofica del principio di dignità stesso, non si può comunque negare che la volontà dei giudici che si sono trovati ad applicare il principio è stata quella di rendere il bacino di utenza della dignità tendenzialmente infinito. Poiché il diritto, per esplicare al massimo la sua effettività, necessita di semplificazioni, per spianare l'intricato groviglio delle multi sfaccettature della nozione di dignità, essa verrà ridotta, più semplicemente, a diritto ad una esistenza materiale dignitosa, da una parte, e a diritto espressione dell'infungibilità umana, dall'altra. La dignità verrebbe quindi ad essere tutelata, nel primo caso, come diritto sociale di cui lo stato si dovrebbe far carico per garantire la pienezza di quell'idea di uguaglianza sostanziale, che è troppo spesso citata nelle nostre Costituzioni, ma raramente posta in essere; e nel secondo caso come diritto naturale che dà forza alla nozione di universalità del genere umano attraverso la sottolineatura della sua irriducibilità ad altro.

Ora, se come sopra evidenziato, la dignità intesa in senso sociale è strettamente legata al principio di uguaglianza (in particolare, uguaglianza sostanziale), nostro compito è quello di indagare sull'esistenza di un connubio o meno fra dignità e libertà, una questione che si trova al centro del dibattito europeo contemporaneo, soprattutto laddove si consideri la libertà come libertà di autodeterminazione¹²⁶. Nel dibattito inglese la dialettica fra libertà e dignità si gioca sulla nozione di *Empowerment* e *Constraint* e in quello tedesco assume i toni più drammatici di una "tirannia della dignità" che si contrappone alla "tirannia del soggetto".¹²⁷

delle persone umane all'interno dell'aereo a componenti materiali dello stesso apparecchio (c.d. "formula-oggetto), non mettendo in evidenza la loro peculiarità di esseri umani viventi. Per ulteriori commenti alla sentenza si veda O. Lepsius, *Human Dignità and the Downing of Aircraft: the German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-Terrorism Provision in the New Air-Transport Security Act*, in *German Law Journal*, 2006, vol.9,761.

¹²⁶ Sulla questione del rapporto tra libertà di autodeterminazione e dignità si veda in particolare R. Post, *Dignity, Autonomy and Democracy* (University of California Berkeley , Institute of Governmental Studies, Working Paper n.11,2000) che si può leggere ricorrendo all'indirizzo internet: <http://www.igs.berkeley.edu/publications/workingpapers/index.html>.

¹²⁷ Per il dibattito in ambito anglosassone si veda R. Brownsword, *op.cit.*, 181; D.Fieldman, *Human Dignità as a Legal Value – Part I*, in *Public Law*, 1999, 682-702, Part II, in *Public Law*, 2000, 61-76. Per quanto concerne il dibattito Tedesco si veda invece U.Neumann, *Die Tyranei der Würde, Argumentationstheoretische Erwagungen zum Menschenwürdeprinzip*, in *Archiv fur Rechts-und Sozialphilosophie*, 1998, n. 84, 153-166.

I casi più significativi nei quali la dignità è stata applicata usando la nozione di *Empowerment* sono tre e hanno avuto luogo al di fuori dell'Europa. Due, risalenti al 2004, in Canada e Sud Africa, dovevano decidere circa il riconoscimento del matrimonio omosessuale, il terzo, del 2003, nello stato del Texas (USA) è rappresentato dal celebre caso *Lawrence v. Texas*, che ha dichiarato l'incostituzionalità delle c.d. "leggi sulla sodomia", andando a costituire un nuovo precedente rispetto a giurisprudenza anteriore che era di segno opposto¹²⁸.

Cominciando ad analizzare più da vicino le singole decisioni, e partendo da quella canadese¹²⁹, è interessante sottolineare come la nozione di dignità venga accoppiata a quella di tolleranza, con il fine di promuovere e sviluppare la personalità umana secondo quanto previsto nella Costituzione Canadese e con la sottolineatura che dignità e tolleranza sono i principi basilari sui quali è fondata l'istituzione del matrimonio in Canada.

La Corte Costituzionale del Sud Africa dà invece sostanza al principio di dignità attraverso la nozione di rispetto della diversità e proclama incostituzionale l'istituto del matrimonio, così come stabilito dalla *Common Law*, perché viola i principi stessi di uguaglianza e dignità umana¹³⁰.

Per quanto riguarda il caso più noto, quello texano, esso, in realtà, solo marginalmente tratta della dignità, come giuristi e commentatori hanno osservato; anche se quello che afferma non è trascurabile. I giudici texani vedono nell'istituzione del matrimonio - quello fra omosessuali compreso - un completamento del significato di dignità e uno dei presupposti fondamentali per la condotta di una esistenza dignitosa.¹³¹

¹²⁸ 539 U.S. 588 (2003).

¹²⁹ *Reference re Same-sex Marriage* 2004 S.C.C 79 (9 dicembre 2004) 2.

¹³⁰ *Furie and Bonthuys v. Minister of Home Affairs and Another*, case n. 232/2003 (30 novembre 2004). Questa decisione era stata preceduta, in senso conforme, da una ulteriore *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and others v. Minister of Home Affairs and others* 2000 (2) SA 1 (CC); 2000 (1) BCLR 39 (CC); 47, che aveva affermato il concetto di matrimonio come unità di intenti materiali e spirituali per tutte le tipologie di coppie, senza distinzione, fossero esse omosessuali o eterosessuali.

¹³¹ W.N. Eskridge Jr, *United States : Lawrence v. Texas and the imperative of comparative constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2004, n. 2, 555-560 ritrova il concetto di dignità in queste parole della pronuncia della Corte "Gli adulti possono iniziare una relazione di quel tipo e avere ancora intatta la loro dignità...questa condotta potrebbe rappresentare un elemento all'interno di un legame personale che sarà molto più duraturo nel tempo."

Se vogliamo aggiungere un ulteriore esempio ai tre citati, dove il principio di dignità opera all'interno di un rapporto giuridico contrattuale, non si può non citare la decisione raggiunta dalla Corte Suprema di Israele¹³². La controversia prende avvio dalla stipulazione di un contratto con una società di pompe funebri da parte di un privato cittadino israeliano. La defunta moglie, nelle sue ultima volontà, aveva espresso il desiderio che nella lapide fossero iscritti nome e data di nascita usando i caratteri latini e il calendario gregoriano, al posto dei caratteri ebraici e del relativo calendario. La società di pompe funebri, adducendo la ragione che nel modulo sottoscritto dalla controparte si faceva espressa menzione dell'uso dei caratteri ebraici per l'iscrizione funeraria, si rifiuta di dare corso alla richiesta.

La decisione della Corte riguardo la materia oggetto di controversia è consistita nella dichiarazione di nullità parziale della clausola del contratto standard, con conseguente inadempimento contrattuale dell'impresa funebre e condanna al risarcimento dei danni provocati. Si riteneva che la clausola nulla fosse tale perché aveva violato la autonomia contrattuale e la dignità umana del committente. La clausola viene quindi dichiarata nulla per illiceità, ovvero per aver forzatamente limitato la autonomia contrattuale riguardo ad una situazione privata di estrema delicatezza. Il rispetto della dignità permette, in questo caso, di ripristinare la libertà di autodeterminazione del singolo contraente.

I giudici che erano parte della c.d. *dissenting opinion* hanno invece sottolineato che non fosse tanto la dignità del singolo ad avere la sua parte in questo caso, quanto, piuttosto, la dignità della comunità che veniva tutelata tramite la clausola dichiarata nulla. Secondo tali giudici, la decisione standard di fare iscrizioni con caratteri ebraici nei cimiteri del posto, era espressione della autodeterminazione di una intera comunità¹³³.

¹³² 'Jerusalem Community' Funeral Society v .Lionel Aryeh Kestenbaum, CA 249/91, 46 (2) PD 464 (Hebrew), in Brownsword, *op. cit.*,181.

¹³³ L'opinione di minoranza dei giudici israeliani sembra proprio integrare una ipotesi di dignità intesa come *empowerment*, ma rovesciata.

Questo caso è doppiamente interessante, sia perché rivela nuovamente come la potenza retorica della dignità si coniughi con una determinata incertezza e inafferrabilità del concetto¹³⁴ e, secondariamente, perché mostra come l'applicazione del principio di dignità possa dare adito all'apertura del conflitto tra due diverse dignità : quella singolare dell'individuo e quella collettiva della comunità.

Questo è un esempio di dignità applicata al diritto dei contratti, e in questo caso, come in altri afferenti allo stesso ambito, il comune denominatore è rappresentato dall'utilizzo del principio di dignità come limite¹³⁵. In Germania due sono i casi più evidenti dove l'applicazione della dignità come limite emerge¹³⁶. Anche qui si assiste alla controversia tra una compagnia telefonica, il gestore di una *chat line* e il cliente. Il contratto originariamente stipulato da queste tre soggetti viene dichiarato nullo per contrarietà al buon costume. La novità della pronuncia, rispetto alla giurisprudenza precedente, consiste nel non prendere in considerazione l'immoralità del contratto di *chat line*, ma nel pretendere la neutralità del servizio di gestione telefonica con lo scopo di salvaguardare il mercato e la contrattazione di massa. La nuova legge del 20 settembre 2001 in materia di prostituzione, che considera valido e vincolante l'accordo a titolo oneroso fra cliente e prostituta avente ad oggetto le prestazioni sessuali offerte da quest'ultima, ha sicuramente influenzato la decisione della Corte.

Un altro interessante esempio, sempre offertoci dalla giurisprudenza tedesca, anche se questa volta con riferimento al diritto amministrativo, è quello dell'individuazione della dignità umana come componente essenziale della clausola dei *Gute Sitten* che hanno permesso il divieto di un particolare

¹³⁴ Alcuni autori, come ad esempio, A. Colombi Ciacchi, *Social Rights, Human Dignity and European Contract Law*, in corso di pubblicazione in *European Review of Contract Law*, andando in segno opposto, hanno affermato che la indeterminatezza del principio di dignità non sarebbe poi così dissimile da quella delle clausole generali del diritto, come ad esempio il buon costume. Anche se sicuramente l'intento reale dell'autore non era questo, questa obiezione può essere interpretata come una più generale accusa nei confronti del diritto come sistema di regolazione sociale caratterizzato da indeterminatezza. Le clausole generali, grazie ad una giurisprudenza ben consolidata, hanno sicuramente un grado di determinabilità e certezza che è ben diverso e superiore rispetto alla clausola di dignità. Questa opinione, nell'ambito del diritto europeo dei contratti, è condivisa da M. Hesselink, *Good Faith*, in AA.VV, *Towards a European Civil Code*, L'Aja, Kluwer, 1998, 285.

¹³⁵ Il tema è stato ampiamente trattato da M.R. Marella, *The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe*, in *European Review of Contract Law*, 2006.

¹³⁶ BGH, 9 giugno 1998, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1998, 2895, e BGH, 22 novembre 2001, in *Juristenzeitung*, 2002, 406, anche noti come "Telefonsex-Falle".

tipo di spettacoli erotici, detti *Peep Show*¹³⁷. Qui la violazione della dignità umana è consistita nella riduzione della donna ad oggetto, in particolare nel fatto che la prestazione erotica della spogliarellista sia offerta ai clienti in un contesto connotato da automaticità e sicuramente spersonalizzante. Quello che rende indegno il trattamento della donna è, in definitiva, la sua equiparazione ad un mezzo per l'ottenimento di un desiderio, che è quello sessuale, e non come fine – citazione questa che i kantiani hanno il pregio di comprendere immediatamente-.

Al di là dei casi menzionati, quello che ha inaugurato la giurisprudenza del ricorso all'ordine pubblico come clausola integrante un principio di dignità umana è il famoso caso francese del “lancio del nano”¹³⁸.

Al centro della vicenda si trova un gioco, soprattutto usato come attrazione circense, che è pacifico considerare di gusto assai dubbio. Viene introdotto, per la prima volta, in Australia, per poi diventare popolare nelle discoteche e circhi, soprattutto francesi, ma anche di altri paesi europei. Lo spettacolo consisterebbe nella gara a chi lancia più lontano su di un grande materasso pneumatico un nano vestito come giocatore di football americano.

Nel 1991, i due comuni francesi di Ville d'Aix-en-Provence and Commune de Morsang-sur-Orge, avevano vietato questa pratica, nel frattempo divenuta anche popolare gioco televisivo, perché giudicata contraria e lesiva della dignità umana. Un tale signor Wachenheim, la cui “professione” consisteva proprio nel farsi lanciare fra i materassi come una sorta di palla di cannone umano, si oppose a questa ordinanza ritenendo che la pratica, più che ledere la dignità, costituiva un'ottima fonte di guadagno. Due Tribunali Amministrativi accolsero i suoi ricorsi, ma il Consiglio di Stato stabilì che il gioco andava contro ad una clausola di ordine pubblico perché ledeva la dignità di soggetti disabili, come quelli affetti da nanismo sono ritenuti essere. Il signore in questione fece ricorso alla Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo oltre che al Comitato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani, affermando di essere discriminato per la sua disabilità nel libero

¹³⁷ BVerwG, 15 dicembre 1981, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1982, 664; BVerwG, 30 gennaio 1990, in *juristenzeitung* 1990, 382.

¹³⁸ Cons. Etat, Ass., 27 ottobre 1995, *Ville d'Aix-en-Provence*, in *Dalloz*, 1996, jur., 177; Cons. Etat, Ass., 27 ottobre 1995, *Commune de Morsane-sur-Orge*, in *Dalloz*, 195, i.r., 257.

accesso e svolgimento di una determinata professione. Il Comitato respinse il ricorso per assenza di discriminazione e confermò la violazione della dignità umana¹³⁹.

Le Corti francesi hanno deliberato anche su di una altra decisione che come nel caso israeliano sopra menzionato vede la contrapposizione fra dignità individuale e dignità collettiva¹⁴⁰. La Corte d'Appello di Parigi aveva accolto il ricorso della Associazione Nazionale dei Malati di Aids, contro una pubblicità della Benetton – marchio famoso anche per le provocazioni del suo fotografo, Oliviero Toscani, molto spesso al centro di simile controversie, fra cui la foto che ritraeva alcuni donne siciliane con le tipiche vesti del lutto, con al centro una modella e il titolo del manifesto pubblicitario “La Bella e le Bestie – nella quale l’obiettivo fotografico aveva ripreso un malato terminale di AIDS nel suo letto di morte. Il ricorso si basava sull’offesa della dignità di tutta la “comunità” dei malati di AIDS, per la diffusione di immagini degradanti per di più con l’intento di ricavarne un profitto economico, visto il carattere commerciale del manifesto pubblicitario. Il fatto che il malato ritratto nel letto di morte avesse dato il consenso a farsi ritrarre, con l’obiettivo di denunciare l’isolamento e la discriminazione che persone affette da quella malattia sono costrette a sopportare, non ha costituito una scriminante e la Corte ha condannato Benetton al risarcimento dei danni, previo ritiro dei manifesti pubblicitari.¹⁴¹

La giurisprudenza della Unione Europea non si è ancora direttamente pronunciata sull’applicazione del principio di dignità stabilito all’art. 1 della Carta dei Diritti, anche se due casi possono essere qui di interesse¹⁴².

¹³⁹ Per quanto riguarda i commenti della vicenda si vedano, in particolare, G. Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)* in RDC, 2002, 801; C. Giraud, S-Hennette-Vauchez, *op. cit.*, 54 ss; M. Graziadei, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in Alpa, Graziadei, Guarnirei, Mattei, Monasteri, Sacco, *Il diritto soggettivo*, in Trattato di Diritto Civile diretto da Rodolfo Sacco, 2, Torino, Utet, 2001, 60, nota. 10.

¹⁴⁰ Cour d’Appel de Paris, 1er Ch A), 28 maggio 1996, *Dalloz*, 1996, 617.

¹⁴¹ Si noti che in Germania, il Tribunale Costituzionale Federale Tedesco, nella sentenza del 12 dicembre 2000, non aveva ritenuto le immagini pubblicitarie lesive della dignità del malato, sancendo la necessità di garantire la libertà di espressione. La libertà di pensiero come esigenza prevalente rispetto alla dignità, per quanto riguarda i giudici tedeschi.

¹⁴² Corte di Giustizia, Sentenza 9 ottobre 2001, causa C-377/98, *Regno dei Paesi Bassi c. Parlamento Europeo e Consiglio dell’Unione Europea*, reperibile sul sito www.eur-lex.europa.eu, dove si è assistito alla negazione, da parte della Corte, dell’assunto secondo il quale la Direttiva 98/44/CE sulla tutela delle invenzioni biotecnologiche fosse lesiva del principio di dignità.

A questo caso si aggiunge quello deciso dalla Corte di Giustizia, Sentenza 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, reperibile sul sito

Visto che la Corte di Giustizia non ha ancora direttamente applicato il principio della dignità così come emerge dalla Carta dei diritti, e posto che i due suddetti casi hanno applicato il concetto di dignità facendo riferimento alle Costituzioni degli Stati Membri, è piuttosto facile concludere che quando la corte dovrà applicare la clausola di dignità, i suoi riferimenti interpretativi saranno dati dall'esperienza delle singole Carte Costituzionali europee, con particolare riferimento alla Legge Fondamentale Tedesca, il cui impianto normativo è servito da modello per l'elaborazione della clausola di dignità stessa¹⁴³.

Se la ricerca del modello interpretativo è stata cosa piuttosto facile, molto più complessa è la risposta alla domanda circa l'auspicabilità dell'applicazione di questo modello di riferimento tedesco- che insieme a quello francese, invocato da altri, seppur sporadici, giuristi – ha da sempre rappresentato il modello dominante nella prospettiva europea.

Seguire il modello tedesco vuol dire intendere la dignità come limite, e questa concezione di dignità ha trovato una certa opposizione fra i giuristi europei¹⁴⁴. Le critiche si indirizzano principalmente su due differenti considerazioni.

Se la dignità diventa un limite, lo stretto connubio fra dignità e libertà di autodeterminazione viene meno, perché da percezione individuale del singolo individuo, la dignità si trasforma nell'identità dominante di un gruppo o di una comunità. Seguire modelli di conformità dettati dall'esterno impedisce, o limita fortemente, l'autodeterminazione. E' difficile agire in modo difforme, frutto della nostra libertà d'agire, se il prezzo da pagare è la relegazione ai margini della società per il non

www.eur-lex.europa.eu, dove la dignità viene riconosciuta ma non con riferimento alla legislazione europea. Sulla base del bilanciamento fra i diversi diritti e libertà fondamentali all'interno delle Costituzioni degli stati membri (in questo caso quella tedesca) si trova uno spazio per consacrare la tutela della dignità.

¹⁴³ J.Jones, "Common Constitutional Traditions": *Can the Meaning of Human Dignity under German Law Guide the European Court of Justice ?*, in Public Law, 2004, 167.

¹⁴⁴ B.Jorion, *La dignité de la personne humaine (ou de la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif)*, in Revue du Droit Public, 1999, 197; J.P.Theron, *Dignité et libertés. Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 295; P.Martens, *Encore la dignité humaine: réflexions d'un juge sur la promotion par le juges d'une norme suspecte*, in Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire: mélanges en hommage à Pierre Lambert, Bruxelles, Bruylant, 2000, 561; M.Levinet, *Dignité contre dignité. L'épilogue de l'affaire du "lancer de nains" devant les Comités des Droits de l'Homme des Nations Unies*, in Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, 2003, n.55, 1024 ss; G.Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, in RDC, 2002, 801.

conforme comportamento che può rendere “irrispettabili” come conseguenza di comportamenti devianti¹⁴⁵.

La dignità finirebbe così per diventare stigma, vergogna, e mostrare tutta la sua portata repressiva mettendo ai margini e proibendo comportamenti che non sono “in linea” con la morale comune.

Questa interpretazione di dignità porta anche ad una altra conseguenza piuttosto indesiderata : l’annullamento della dignità sociale, promotrice di uguaglianza sostanziale, perché non si aumentano le opportunità che possano consentire uno sviluppo adeguato e dignitoso della personalità, ma si decidono a tavolino quali sono le migliori opportunità di questo sviluppo, secondo quanto l’*idem sentire* prescrive.

Per evitare queste conseguenze, più che tornare ad enfatizzare la dicotomia fra dignità intesa come *Empowerment* e dignità come limite, cercando di promuovere la prima sulla seconda, è auspicabile inquadrare la dignità sotto una nuova luce, più concreta. Le stesse obiezioni che si possono muovere alla dignità intesa come limite ricalcano quelle mosse contro la dignità come espansione della libertà di autodeterminazione e trovano comune fondamento nell’intento erroneo, da correggere, dei giudici di dare espressione e prevalenza alle opinioni e valori dominanti contro le scelte assunte in solitudine dagli individui¹⁴⁶.

La conclusione è che la dignità, così come è stata sin ora applicata, sembra avere una funzione disciplinare che non gli è propria per storia, caratteristiche, fondamento.

¹⁴⁵ M.R.Marella, *The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe*, in *European Review of Contract Law*, 2006, n.2, 257-270, esemplifica quail potrebbero essere le possibili consequence di una dignità intesa in quell modo e dice “Offendono la dignità le professioniste del sesso che gettano un’ombra sulla rispettabilità di tutte le donne...chi ostenta la propria “diversità” o fa scandalo mostrando la propria malattia o la propria disabilità e in ciò si sottrae a quel modello di discrezione che solo si ritiene acconcio a quella condizione.”

¹⁴⁶ K.M. Franke, *The Domesticated Liberty of Lawrence v. Texas*, in *Columbia Law Review*, 2004, vol.104,1399, sottolinea che in questa sentenza, secondo la Corte Suprema degli Stati Uniti, la criminalizzazione della sodomia viola i diritti fondamentali della persona in quanto tali rapporti sessuali proibiti potrebbero anche esprimere una relazione stabile, duratura, integrante i presupposti della dignità umana. L’omoerotismo è legittimato come anticamera della creazione di un legame domestico. K.Thomas, *Our Brown ? : Lawrence and the “Interest Divergence” Dilemma*, Lecture alla conferenza *The Law of Dignity – The Politics of Shame : An Inquiry into the State of Our Art on Sex, Sexuality, Gender and the Family*, tenutasi alla Harvard Law School, nei giorni 19 e 20 Novembre 2004 parla di “omorispettabilità”, proponendo l’eterosessualizzazione dell’omosessualità in un clima di “omofobia postomofobica”.

Capitolo 4

IL CONCETTO DI DIGNITA' SOCIALE LE SUE FUTURE IMPLICAZIONI.

Al di là della definizione di dignità come limite o come opportunità, ciò che possiamo rilevare, dalle conclusioni fatte in precedenza, è che tutto il dibattito sul significato di dignità nell'ordinamento occidentale si iscrive all'interno di una concezione liberale classica tutta focalizzata sulla protezione e tutela dell'individuo. Gli interventi di politica del diritto sono tutti qualificabili, o come interventi che favoriscono la promozione della personalità dell'individuo, che si otterrebbe concedendo la piena libertà di azione, o come interventi che limitano atti e attività che possono recare pregiudizio a questo auspicabile sviluppo della persona umana. La dimensione allargata sociale e collettiva sembra essere stata lasciata ai margini.

Il problema maggiore da risolvere è quello di rovesciare l'accusa, mossa soprattutto in ambito privatistico, che ogni volta che la narrativa giuridica si arricchisce di nozioni e concetti che guardano al di là del rapporto interprivato, si esca dal diritto privato stesso. I retaggi e le categorie strette e schematiche del passato hanno ancora una forte influenza e l'intento è quello di dimostrare che la tradizione non è sempre inconfutabile.

Si potrebbe partire con l'affermazione pacifica che la dimensione sociale e collettiva non è, e non è mai stata, estranea alla relazione fra privati. La letteratura giuridica più recente ci ha offerto innumerevoli esempi di nuovi modi di concepire la relazione tra privati e fra questi è emersa una continua tensione tra individualismo e altruismo, egoismo e solidarietà, che ormai si qualifica come elemento fondamentale nella interpretazione del diritto dei contratti. Non si esegue più, oramai, una cernita automatica in favore dell'individuo e a scapito di valori altruistici o di solidarietà nel diritto privato dei contratti¹⁴⁷.

Fra i fattori extra-giuridici che hanno giocato un ruolo fondamentale nella ridefinizione del concetto di soggetto così come elaborato dalla dominante ideologia liberale, il movimento femminista è il

¹⁴⁷ D. Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, in *Harvard Law Review*, 1976, vol.89, 1685 è stato il precursore di questa idea in tempi non sospettosamente recenti.

primo da essere citato. E' grazie alle lotte condotte dai componenti di tale movimento che l'individuo assume rilievo non più come singola individualità, ma in funzione della sua relazione con gli altri (nel caso del movimento femminista con l'altro, inteso come il partner)¹⁴⁸. Questo approccio scardina alcuni dei capisaldi della dottrina giuridica classica : la volontà individuale come autosufficiente e inarrestabile unico motore del consenso contrattuale, da una parte; e la celeberrima nozione di *homo economicus*, cioè di individuo che , in quanto razionale, opera la migliore scelta all'interno del mercato se lasciato nella sua illimitata, isolata scelta individuale, dall'altra. Ma, nonostante certi avanzamenti, e proprio per la sorte di rivoluzione copernicana che il nuovo approccio porterebbe, le resistenze sono forti e la dimensione relazionale del diritto privato stenta a trovare largo consenso.

E' proprio in questo complesso quadro di forze in movimento che la dignità, forte anche di tutta la sua potenza retorica, potrebbe inserirsi e diventare l'elemento cardine di un diritto privato che volge la sua attenzione in modo maggiore a dinamiche relazionali alle quali prima era attribuito ruolo ancillare.

La dignità potrebbe svolgere questo ruolo ad una condizione : che sia correttamente interpretata. E l'unica corretta variante di dignità che può raggiungere questo obiettivo è la variante della dignità intesa come "dignità sociale".

Utilizzare questo fondamento non vorrebbe certamente significare una rottura con la tradizione, perchè le origini della dignità sociale sono da rintracciare nel passato e nel presente del costituzionalismo europeo. La dignità sociale è nozione che si è sviluppata coerentemente con le nuove letture date in ambito europeo della nozione giuridica di persona umana, e affermazioni di essa sono rintracciabili nella giurisprudenza e nella dottrina sia europee che dei singoli stati membri. Il problema circa l'accoglienza di questo principio, oltre che del suo utilizzo, è sicuramente

¹⁴⁸ Si veda S. Rodotà, nel suo nuovo libro *Da soggetto a persona*, Roma 2008, per la sottolineatura dell'importante ruolo svolto dal movimento femminista.

dovuto alla impossibilità di ricondurre tutto ad una unica nozione di dignità, come ho ampiamente dimostrato nelle pagine precedenti, cercando di dare una definizione alla nozione di dignità stessa¹⁴⁹

L'auspicio è quello di una maggiore apertura e utilizzo della clausola della dignità intesa come dignità sociale, auspicio che includerebbe una lettura dell'art. 1 della Carta di Nizza alla luce di questa nuova prospettiva, in armonia con quanto stabilito dalla giurisprudenza europea e degli stati membri.

Il futuro della clausola di dignità sociale potrebbe essere iscritto nella funzione di minimo comune denominatore e elemento unificante del processo di costituzionalizzazione del diritto privato europeo, oltre che diventare lo strumento la cui portata retorica aiuti ad imprimere una svolta sociale al modello consolidato di relazione tra i privati.

¹⁴⁹ Due pronunce della Corte Costituzionale Francese ben esemplificano quanto affermato. Nella sentenza del Conseil Constitutionnel del 27 luglio 1994, *Dalloz*, 1995, 237, si dà applicazione all'accezione dominante di dignità intesa come limite, mentre nella sentenza di pochi mesi successiva (Conseil Constitutionnel, 19 gennaio 1995, *Dalloz*, 1997, 137) si dà applicazione alla dignità intesa nella sua accezione di dignità sociale.

4.1 LA DIGNITA' SOCIALE NEL DIRITTO EUROPEO OCCIDENTALE.

Come già anticipato, numerose, in epoche recenti, sono state le pronunce delle Corti a favore dell'implementazione della nozione di dignità sociale. Grazie alla giurisprudenza che andremo ad analizzare potremo dimostrare la congruità e tenuta del principio a prescindere dalla sua iscrizione in testi di diritto positivo. Il formante giurisprudenziale ci aiuta inoltre ad affermare il radicamento del principio della dignità sociale nella tradizione giuridica europea, onde evitare accuse di rotture inappropriate con il retaggio imprescindibile del passato.

A dimostrazione della storia passata della dignità sociale in ambito europeo possiamo citare, innanzitutto, lo stretto legame fra il rispetto della dignità e la tradizione europea di interpretazione giurisprudenziale dei diritti sociali.

Già il diritto costituzionale aveva provveduto all'affermazione della dignità intesa in senso sociale, ma le norme recanti questa proposizione non si sono dimostrate risolutive al fine del riconoscimento pieno del suddetto principio¹⁵⁰, e da qui è derivata l'esigenza di introdurre riferimenti ai diritti sociali e allo loro evoluzione interpretativa.

Sia che si valorizzi il riferimento alla dignità sociale presente nelle Carte Costituzionali, sia che si propenda verso la sottolineatura del contributo della interpretazione data ai diritti sociali per l'affermazione di suddetto principio, non si può prescindere dall'osservare - nel disorientamento creato da tanti modelli diversi potenzialmente applicabili - che il fenomeno della circolazione, con conseguente osmosi, di modelli diversi che abilitano all'interscambio faciliti l'applicazione del principio di dignità sociale¹⁵¹.

¹⁵⁰ Fra le Costituzioni europee recanti il principio di dignità sociale si includono la Costituzione Italiana (Artt. 2 e 3); la Costituzione Spagnola, che all'art.10 afferma il principio del rispetto della dignità umana in generale, ma che interpretazioni successive della giurisprudenza costituzionale hanno ritenuto di dover leggere quella dignità come sociale, che si pone "alla base dell'ordine politico e della pace sociale" (F.F.Delgado, *La dignità come valore giuridico supremo dell'ordinamento giuridico spagnolo*, in RCDP, n.2, 2007, 125 ss.); la Costituzione Tedesca che fa riferimento, per via interpretativa dell'Art.1 GG, sia alla dimensione sociale della dignità, che alla nozione universalizzante di dignità umana.

Assente è il riferimento a qualsivoglia concetto di dignità nella Costituzione Francese, ma le Corti francesi hanno riconosciuto la dignità in svariate accezioni, fra le quali quella sociale (v. *infra*, § 4).

¹⁵¹ G.Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità*, cit, 847.

Tornando all'esemplificazione dei casi di specie che applicano la dignità sociale, due sono i casi che tratteremo : uno europeo in materia di diritto all'abitazione e uno canadese in materia di concessione di benefici sociali.

Il primo caso oggetto di analisi è francese.

Pur non esistendo un diretto riferimento alla dignità come principio nella Costituzione Francese, il Consiglio Costituzionale transalpino rintraccia nel Preambolo alla Costituzione del 1946 l'impegno dello stato francese a garantire un'esistenza dignitosa ai suoi cittadini, da qui deducendo l'obbligo particolare, afferente il caso di specie, alla garanzia del diritto all'abitazione¹⁵².

Il secondo caso oggetto di analisi è canadese¹⁵³.

La Corte è chiamata a giudicare la legittimità di uno schema di assistenza sociale entrato in vigore nella Provincia del Quebec con il *Canadian Charter of Rights and Freedoms* , una Dichiarazione dei Diritti incorporata nella Costituzione del Canada. La nuova disciplina prevede un taglio drastico all'assistenza sociale dei cittadini con una età inferiore ai 30 anni. Coloro che sono eleggibili per la concessione del beneficio e hanno un'età inferiore ai 30 anni percepiranno somme in denaro pari ad un terzo di quelle regolarmente percepite dagli *over 30*. La Corte, assumendo un approccio valutativo piuttosto insolito, non fa riferimento al principio di uguaglianza ma a quello di rispetto della dignità umana per giudicare la legittimità della proposta normativa. La motivazione della sentenza parla di "violazione della dignità umana" quando agli individui non è garantita una base minima di sussistenza e che può seriamente compromettere il rispetto di sé insieme al riconoscimento di membri a pieno titolo della comunità sociale di cui si è parte¹⁵⁴.

¹⁵² A proposito, in senso conforme, si veda una decisione della Corte Costituzionale Italiana (Corte Cost., 11 febbraio 1988, n.217, reperibile al sito www.giurcost.org) dove, in modo più esplicito rispetto ai giudici francesi, i sommi giudici italiani affermano il diritto all'abitazione essere carattere fondante dello stato sociale, poiché la casa è essenziale nella determinazione circa l'esistenza di una vita dignitosa o meno.

¹⁵³ *Gosselin v. Quebec (Attorney General)* [2002] 4 S.C.R 429, 2002 SCC 84.

¹⁵⁴ Queste sono le parole espressamente usate dalla Corte nella sentenza : "Offende la dignità la lesione di diritti sottesi alla protezione dell'integrità psico-fisica degli individui. Tale lesione pregiudica il rispetto e la coscienza di sé come membri effettivi della comunità canadese."

Queste pronunce danno il senso dell'importanza della dimensione relazionale della dignità, che da principio assoluto e trascendente si trasforma in principio alimentato dal contesto circostante dei rapporti sociali nei quali il singolo è immerso.

Il legame tra dignità e uguaglianza si fa così sempre più evidente. A questo si aggiunge una nuova connessione fra dignità da una parte, e effettive condizioni materiali di vita e concreta possibilità di partecipazione e assunzione di un proprio ruolo nella sfera pubblica, ovvero nella vita quotidiana della *polis* di cui si è parte, dall'altra.

L'elaborazione della concezione di dignità sociale, basandosi su queste sentenze, assume la caratteristica di nozione normativa basilare su cui si fonda il diritto all'ottenimento di quei mezzi economico-materiali che possono garantire un'esistenza pienamente dignitosa e il significato, più allargato, di principio che garantisce ciò che è sufficiente e necessario per divenire parte integrante della comunità nella quale si vive¹⁵⁵.

La nostra argomentazione ha fatto, fino ad adesso, particolare riferimento al rapporto fra cittadino e stato per l'analisi della dignità sociale. Ciò trova giustificazione nella maggiormente facilitata intuizione che la dignità sociale abbia una sua maggiore evidenza nel rapporto fra istituzione pubblica e singolo individuo. Ma lo sviluppo del nostro argomentare non può fermarsi solo alla constatazione di una delle multiformi "sembianze" che la dignità sociale assume, nonostante sia essa la più evidente. Non è infatti possibile trascurare l'incidenza di tale principio nei rapporti fra privati, in particolare quando questa relazione interprivata potrebbe compromettere o, all'opposto, facilitare certe condizioni materiali di vita presupposto per l'ottenimento di un uguale valore sociale sia nel rapporto *infra-partes* che nell'ambito più allargato dell'intera comunità dei consociati.

I casi giurisprudenziali più interessanti al riguardo hanno quasi tutti ad oggetto il rapporto di lavoro, esempio tipico di come la dignità sociale possa essere messa in pericolo o favorita all'interno di un

¹⁵⁵ Prima delle sentenze canadese e francese, negli anni '70, un costituzionalista italiano, G.Ferrara, in *La pari dignità sociale (appunti per una ricostruzione)*, in G.Zangari (a cura di), Studi in onore di G. Chiarelli, Milano, Giuffrè, 1974,1087, aveva inteso la "pari dignità sociale" del 1° co. Dell'art .3 cost. come la garanzia all'accesso di ciascuno a quelle acquisizioni economico,sociali,culturali necessarie ad una partecipazione libera ed uguale alla sfera pubblica. Quello che voleva sottolineare era in sostanza il riconoscimento del diritto ad essere ritenuti "soggetti di uguale valore" in qualsivoglia aspetto della vita democratica.

rapporto contrattuale fra privati. Ma il rapporto di lavoro non è l'unico ambito del diritto privato dei contratti dove la questione della dignità sociale emerge, anzi, vista la riduzione delle forme assistenziali garantite dal vecchio "stato sociale" e la loro gestione da parte di privati, si aspettano molte nuove controversie regolate dal diritto privato - e non più da quello pubblico o amministrativo - con al centro la problematica del rispetto della dignità¹⁵⁶.

Caso semplificatore di questo nuovo corso è la decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nel caso *Van Kuck c. Germania*¹⁵⁷.

Secondo i giudici, in questo caso, la dignità dell'assicurato sarebbe stata violata da una sbagliata interpretazione del contratto di assicurazione sulla salute da parte dell'assicuratore. La società di assicurazione, una compagnia privata operante nel quadro di regime misto pubblico-privato inaugurato dalle riforme del *Neue Mitte* da parte dell'allora Cancelliere Schroeder nell'ambito della prestazione di benefici legati alla sicurezza sociale, si era rifiutata di rimborsare le spese mediche sostenute dall'assicurato conseguenti ad un intervento chirurgico per cambiamento di sesso e costitutive di successivi, costosi, trattamenti ormonali. La compagnia non riconosceva il transessualismo come malattia e il cambiamento di sesso come cura di una malattia che non era data. Durante la lunga serie di ricorsi e appelli, l'assicurato era stato sottoposto a diverse sedute di psico-analisi particolarmente intrusive della sua intimità ai fini dell'accertamento della sua condizione psicologica. Ogni singolo episodio, dall'infanzia al matrimonio, era stato scandagliato e sottoposto a pubblico dominio. La Corte di Strasburgo aveva accolto il ricorso dell'assicurato, ritenendo preliminarmente l'onere della prova ad esso addossato, e consistente nella dimostrazione della necessità medica del trattamento, come esorbitante rispetto alla prestazione dedotta ad oggetto

¹⁵⁶ Fra i casi giurisprudenziali più famosi c'è la decisione del Tribunal Constitucional, 15 novembre 2004, n. 196/2004, *recurso de amparo n.1322-2000 – publicaciòn BOE 20041221*, dove si è data applicazione all'art. 10 cost. sp, che garantisce il rispetto della *privacy* come dovere afferente il rispetto della dignità umana, nell'ambito del rapporto di lavoro fra privati. Era stato in particolare censurato il comportamento del datore di lavoro che aveva fatto rilevare campioni di sangue per fare analisi *anti-doping* e scoprire così se, fra i suoi dipendenti, c'erano soggetti dediti all'uso di droghe. Il rispetto della *privacy* sarebbe stato violato in conseguenza della mancata comunicazione ai dipendenti circa le reali motivazioni del prelievo di sangue. In questo modo è evidente come il pari valore sociale nel rapporto fra soggetti privati, che integra il riconoscimento del concetto di dignità, sia venuto meno in conseguenza della condotta datoriale. Accanto alla *privacy* si tutela così anche la dignità.

¹⁵⁷ Corte europea dei Diritti dell'Uomo, Sentenza 12 giugno 2003, *Van Kuck c. Germania*, ricorso n. 35968/97.

di contratto e riconoscendo poi, come tutela della dignità del singolo individuo, la concessione del diritto al libero sviluppo della personalità e all'autodeterminazione in materia sessuale, tra l'altro espresso a chiare lettere dall'art. 8 CEDU¹⁵⁸.

Attraverso le esemplificazioni fatte abbiamo potuto rilevare che in ambito interno la dignità sociale non ha trovato ancora riconoscimento.

In Italia il già più consolidato concetto di dignità umana intesa come limite appariva troppo sfuggente per poter trovare un posto all'interno della teoria generale del diritto, e le obiezioni a fondamento di questa mancata presa in considerazione erano casomai rafforzate piuttosto che attenuate con specifico riferimento alla dignità sociale.

In vista di quanto affermato, principale preoccupazione è quella di indagare circa lo statuto giuridico della dignità sociale, la sua portata come principio giuridico, e le finalità concernenti la sua applicazione in ambito interno. Gli esempi offerti dalla giurisprudenza citata sono chiarificatori a tali propositi.

Quello che emerge è un accento posto sulla dimensione relazionale della dignità che diventa fondamento per la scoperta e il pieno sviluppo di sé, ma anche la scoperta della dignità come concetto che sintetizza tutte le implicazioni socio-culturali di questa auto-identificazione che si sostanzia nella garanzia della conduzione di una vita "dignitosa" e trova il suo fine nella effettiva partecipazione piena nella vita pubblica della comunità.

¹⁵⁸ In senso difforme la Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo, nella Decisione del 9 maggio 1990, *Van Volsen c. Belgio*, ricorso n. 14641/89 non aveva ritenuta lesa la dignità sociale della parte debole in un contratto di somministrazione dell'energia elettrica.

Il caso trattava del ricorso fatto da una cittadina belga che, impossibilitata a pagare la bolletta dell'energia elettrica per indigenza economica, si era vista sospendere la fornitura di energia elettrica all'interno dell'abitazione domestica. L'essere stata lasciata, lei e il suo bambino, a vivere al freddo, al buio e senza la possibilità di utilizzo dell'acqua calda, costituivano gli estremi per un trattamento inumano e degradante ai sensi dell'art. 3 CDU (non avendo la CEDU un diretto riferimento alla dignità umana e al suo rispetto, per via traversa si ritiene che tale articolo possa essere visto come il più vicino alla tutela di questo diritto.) Ma la Commissione ha rigettato tale ricorso con una decisione che S. F. Sudre, *La première décision "quart-monde" de la Commission Européenne des droits de l'homme, une "bavure" dans une jurisprudence dynamique*, in *Revue Universelle des droits de l'homme*, 1990, 349, definisce una "scivolata" nella giurisprudenza relativa ai diritti umani chiedendosi quale altra situazione potrebbe integrare un comportamento inumano e degradante se non quella di essere privi di elettricità in pieno dicembre, con la possibilità di rinnovare un contratto con condizioni più gravose e la non esclusione della variante di un rifiuto al rinnovo contrattuale da parte della compagnia. Inoltre la soluzione di muovere a compassione la compagnia o di rivolgersi ad istituti di crediti più o meno legali non può altrimenti essere ritenuta trattamento degradante ?

La dignità sociale che emerge dalle sentenze non è tutta focalizzata sull'individuo, né tantomeno sul riconoscimento di valori altri imposti dalla comunità, ma si lega a doppio filo con i concetti di libertà e uguaglianza¹⁵⁹. A porre l'accento sulla equi-distanza fra dignità sociale e uguaglianza è la nostra Costituzione che, all'art.3, 1° co prevede la clausola della dignità sociale in relazione al principio di uguaglianza e nel far ciò colma il divario fra la nozione formale e sostanziale di uguaglianza. Oltre a questa norma, eco del rispetto della dignità sociale si ha anche nell'art. 36, dove la Carta Costituzionale italiana accorda ai lavoratori il diritto ad una retribuzione proporzionata come prerequisito per una esistenza dignitosa e libera, e nell'art. 41, c. 2, dove la dignità umana è qualificata come limite all'iniziativa economia privata, insieme alla sicurezza e alla libertà.

Nell'art. 3, 1° co, la Costituzione usa l'espressione "pari dignità sociale", permettendo il superamento della nozione liberale classica di dignità¹⁶⁰ e la trasformazione della valorizzazione dell'individuo in relazione ad altri e non nel suo individuale atomismo¹⁶¹. Lo stato deve quindi farsi promotore della garanzia di pieno sviluppo delle singole personalità all'interno di gruppi ben stabiliti. Questa garanzia si può tradurre in riconoscimento e promozione di diritti sociali che hanno come scopo proprio quello di rimuovere tutti quegli ostacoli di carattere materiale che impediscono la realizzazione della pari dignità sociale di ognuno.

Questo è l'unico modo che ciascuno ha di partecipare ai processi politici, culturali, economici con piena libertà, e così facendo la dignità sociale dovrebbe presiedere ogni fenomeno di regolamentazione sociale. Ciò che ne conseguirebbe sarebbe, poi, la censura come contrarie alla dignità sociale di ogni regola giuridica che permette o favorisce l'istaurarsi di disuguaglianze strutturali tra le parti, tali da impedire il pieno godimento dei benefici economici o culturali di cui

¹⁵⁹ Per il legame fra dignità sociale e libertà si veda M.Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983, 206; per il legame fra dignità sociale e uguaglianza si veda H.Samuels, *A defining moment: A Feminist Perspective on the Law of Sexual Harassment in the Workplace in the Light of the Equal Treatment Amendment Directive*, in *Feminist Legal Studies*, 2004, vol.12, 181, 186.

¹⁶⁰ Proprio S. Rodotà, *Da soggetto a persona*, cit., afferma l'esistenza di questo superamento della nozione classica di dignità nell'uso di termini "pari dignità sociale", che troppo frettolosamente erano stati visti come consacrazione dell'uguaglianza formale all'interno del nostro ordinamento.

¹⁶¹ G.Ferrara, *La pari dignità sociale (appunti per una ricostruzione)*, cit., 1099

un singolo soggetto potrebbe pienamente godere¹⁶². In sostanza, la importante sottolineatura della dinamica relazionale permette alla dignità sociale di fare attenzione non solo alla disciplina giuridica che regola quel singolo rapporto ma anche a tutte le altre implicazioni sociali, politiche, economiche di sottofondo¹⁶³. Per spiegarsi più chiaramente, la protezione astratta concessa dalla norma giuridica non è necessaria e sufficiente ad integrare una garantita posizione di dignità sociale, perché deve essere integrata da misure di carattere socio-economico o politico che rendono l'ambiente nel quale il rapporto giuridico si crea terreno fertile per l'implementazione della tutela della dignità sociale.

La dignità così intesa non soltanto promuove l'uguaglianza sostanziale, ma si qualifica anche come uno dei migliori strumenti antiautoritari, perché l'uguale rispetto di ogni singolo individuo che essa sottende deve essere tradotto nel rispetto di tutti i singoli elementi che qualificano l'individuo, ovvero valori, credenze, principi, abitudini, aspirazioni che tutti insieme definiscono la sua personalità. Questa uguale considerazione di ogni singolo individuo e dei valori che esso promuove non deve soltanto valere nel rapporto stato-individuo – dove ancora è più facilmente identificabile – ma anche nel rapporto fra privati (sul luogo di lavoro, nell'ambito dei rapporti familiari e sul mercato). Il rispetto di questa dignità è visto dalla dottrina più recente come la pietra fondante per la costruzione della società all'interno delle democrazie contemporanee. Questo ci consente di qualificare il principio di dignità non più come valore assoluto di impronta giusnaturalista, ma come sintesi della posizione che il soggetto di diritto ricopre nel sistema costituzionale.

Arrivati a questo punto di approdo, è naturale chiedersi se il sistema costituzionale citato può essere quello dell'Unione Europea, e in particolare l'art. 1 della Carta di Nizza, che esplicitamente sancisce il rispetto del principio della dignità umana¹⁶⁴. La risposta al quesito è sicuramente positiva

¹⁶² C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'art.3 della Costituzione*, in G.B. Arista (a cura di), *La Costituzione Italiana*. Saggi, Padova, Cedam, 1954, 17-66, 61 ss.

¹⁶³ Si era spinto fino a negare la necessità di una disciplina contrattuale "pura" per aprirsi ad una forma "ibrida" di disciplina del rapporto contrattuale che includesse a pieno titolo discipline come la sociologia, l'economia, l'antropologia H. Collins in *Why do we Need a Hybrid Contract Law*, *Cambridge Law Journal*, 2, 2004, 54-58.

¹⁶⁴ Nei paragrafi precedenti è stato dimostrato che c'è un intenso dibattito intorno alla norma e in particolare sulla possibilità che il principio della dignità possa essere o meno il principio fondante il sistema costituzionale europeo o

perché i caratteri di principio pluralista, democratico e relazionale ascrivibili alla dignità sociale così come è stata descritta sono rintracciabili nella menzione fatta dalla Carta Europea e dal diritto costituzionale degli stati membri di cui essa si nutre¹⁶⁵.

La Carta di Nizza tace circa la garanzia della libertà contrattuale¹⁶⁶, ma giurisprudenza e dottrina hanno ritenuto importante l'influenza del principio della dignità sociale nei rapporti fra privati, e nel diritto dei contratti¹⁶⁷. Alcuni prospettano la possibilità di fondare il nuovo modello sociale europeo sulla costituzionalizzazione dell'autonomia dei privati¹⁶⁸, rifacendosi al legame fra pari dignità sociale e libertà contrattuale già presente nel dibattito pubblicista e civilista da tempo¹⁶⁹.

La Carta dei Diritti potrebbe rappresentare la norma di partenza per una rilettura in senso sociale del diritto dei contratti. L'aspetto più sociale del diritto dei contratti implicherebbe una minore astrazione per quanto riguarda la figura del contraente e una maggiore attenzione ai bisogni individuali materiali delle parti e quindi il contraente debole dotato della piena possibilità di partecipare alla fissazione delle condizioni di contratto¹⁷⁰ affinché la libertà contrattuale sia

debba invece farsi da parte perché altri principi (libertà, uguaglianza, solidarietà , giustizia) sanciti dalla Carta sono prioritari.

¹⁶⁵ Altri esempi di promozione della dignità nella legislazione europea sono da rintracciare all'interno della stessa Carta all'art.25 (Diritti degli Anziani) dove si afferma che "L'Unione riconosce e rispetta il diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale". In questo articolo si sottolineano la dignità da riconoscere all'anziano e la garanzia di indipendenza. Il fatto poi che tale articolo sia ricompreso nel Capo dedicato all'uguaglianza è indice che l'anziano, nel pieno rispetto della sua dignità, ha diritto ad una esistenza di pari dignità sociale con gli altri consociati.

Allargandosi alle norme dei singoli stati europei, il principio di dignità è molte volte indirettamente garantito nelle clausole di non discriminazione. Per discriminazione si intende infatti l'offesa della dignità della persona, qualunque sia la motivazione dell'offesa (discriminazione razziale, religiosa, contro le diverse abilità, discriminazione dovuta all'età o all'orientamento sessuale) il luogo o l'occasione (luogo di lavoro, sanità, fornitura di beni e servizi, accesso al mercato delle abitazioni) dove essa si sia verificata.

¹⁶⁶ F.D.Busnelli, *Carta dei diritti fondamentali e autonomia privata*, cit., 59 ss, commenta che la Carta dei Diritti Fondamentali non avrebbe seguito l'esempio della Costituzione Tedesca dove c'è un diretto riferimento alla garanzia della libertà contrattuale.

¹⁶⁷ L. Paladin, *Eguaglianza*, in Enc. dir., vol. XIV, Milano, Giuffrè, 1965, 519, 531.

¹⁶⁸ A proposito si veda *Social Justice Manifesto*, redatto dal Gruppo di studio sulla giustizia contrattuale nel diritto europeo (riportato su RCDP, 2005, 99) e accompagnato dai saggi di S. Rodotà, C. Joerges, A. Somma.

Si vedano inoltre G. Vettori, *Carta Europea e diritti dei privati (diritti e doveri nel nuovo sistema delle fonti)*, in RDC, 2002, I,669; ID., *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in Europa e Diritto Privato, 2006, 53; C. Castronovo, *Autonomia privata e costituzione europea*, in Europa e Diritto Privato, 2005, 29; G.B. Ferri, *Divagazioni di un civilista attorno alla Costituzione europea*, in Europa e Diritto Privato, 2005, 1.

¹⁶⁹ L. Paladin, *Eguaglianza*, in Enc. dir., vol. XIV, cit., 532 aveva legato l'effettività della clausola della dignità sociale all'estrinsecazione della piena libertà contrattuale, i cui contenuti e modalità di espressione non possono mai mettere a rischio l'eguale valore di ogni membro della società.

¹⁷⁰ M. Esposito, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, Cedam, 2003, 76 ss; ID., *Brevi annotazioni sul concetto di autonomia privata, nota a Corte cost., ord., 18 ottobre 2000 n. 428*, in Giurisprudenza Costituzionale, 2001, 759, 765.

esercitata legittimamente e non violi il diritto della parte debole alla pari dignità sociale. La direttiva comunitaria sulle clausole vessatorie andrebbe proprio in questo senso perché legittima le parti a reclamare la rilevanza giuridica delle proprie condizioni personali nel contesto negoziale in modo da consentire la messa in atto di un regolamento contrattuale dove dignità individuale e uguaglianza sono rispettate¹⁷¹.

Questo passo in avanti fatto dalla legislazione comunitaria non ci deve far indurre a ritenere che la legislazione consumeristica europea ha preso in considerazione il principio di dignità in modo completo¹⁷². Il consumatore come contraente debole è scarsamente rappresentativo delle disuguaglianze sociali nei rapporti di mercato e poiché, soprattutto in anni recenti, esso è diventato parte di una lobby, non può farsi portatore di una idea generale di giustizia sociale, perché più focalizzato al mantenimento dei propri particolari interessi. Il diritto europeo dei contratti che promuove democrazia e giustizia sociale dovrebbe saper coniugare individuo con cittadinanza, trattative fra privati e prestazioni relative allo stato sociale, rapporti individuali e sicurezza sociale. Tutto questo non può certamente essere assolto da una norma sulle clausole vessatorie, seppur ben congegnata.

Dove il “nuovo” diritto dei contratti trova il suo terreno di elezione è nell’ambito del recente, e inarrestabile, fenomeno della privatizzazione delle funzioni pubbliche che ha determinato una vera e propria “contrattualizzazione” della vita sociale.

¹⁷¹ M. Esposito, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, cit., 87.

¹⁷² Molti autori non riescono ancora a vedere nella figura del consumatore un soggetto in senso pieno, fra cui M. Hesselink, *Are we human beings or mere consumers?*, in *European Voice.com*, 2006, vol. 12, 38; H.Collins (particolarmente critico della Direttiva 93/13/CEE perché più orientata a realizzare la razionalità del mercato che la tutela del consumatore) in *Good Faith in European Contract Law*, in *Oxford J. Leg. Stud.*, 1994, vol. 14, 229, 234 ; *Manifesto*, cit., 112; F.G. Nicola, U. Mattei, A “*Social Dimension*” in *European Private Law? The Call for Settino a Progressive Agenda*, in *New England Law Review*, 2006, vol.41, 1.

4.2 LA DIGNITA' SOCIALE E IL DIRITTO PRIVATO DEI CONTRATTI NEL NUOVO STATO SOCIALE.

Per indagare questo tipo di rapporto è utile una premessa : capire le trasformazioni dello stato sociale in occidente.

Agli inizi degli anni '90 si è prodotto un sempre maggiore divario fra la richiesta di prestazioni sociali e la capacità dei singoli stati di fornire queste prestazioni. Il risultato è stata la creazione di un nuovo modello di stato sociale che privilegia l'economia di mercato¹⁷³. Tuttavia certe aspettative di prestazione sociale rimangono vive - nonostante la riduzione dello stato sociale stesso - e di tale aspettative devono farsi carico diritto privato e dei contratti.

La gestione dei servizi pubblici da parte di attori privati ha aperto problematiche nuove a cui il diritto privato è chiamato a dare risposta. La dottrina liberale classica domina ancora nelle interpretazioni che il diritto privato dà a queste nuove esigenze di fornitura di servizi e prestazioni essenziali, e la logica di mercato sembra tutt'ora prevalere in qualsivoglia attività di fornitura di servizi (salute, istruzione, telecomunicazioni)¹⁷⁴. L'individuo rimane al centro del diritto dei contratti a scapito di quella dimensione relazionale che il nuovo diritto privato dovrebbe sviluppare.

Del resto è proprio il processo di privatizzazione che ha frammentato i rapporti fra privati in una miriade di rapporti bilaterali¹⁷⁵, individualizzando anche la fonte dei problemi sociali, a far propendere per questa soluzione. La dimensione sociale esce quindi totalmente di scena e solo la

¹⁷³ T. Wilhelmsson, *Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law*, in T. Wilhelmsson, S. Hurry (eds.), *From Dissonance to Sense : Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law*, USA-Singapore-Sydney, Ashgate, Aldershot-Brookefield, 1999, 3, 8 ss. Sostiene che "I contratti sono sia uno strumento di commercio che uno strumento politico" e che gli europei hanno internalizzato le finalità dello stato sociale come sicurezza economica, accesso ai servizi e uguaglianza economica di base.

¹⁷⁴ N. Lipari, *Riflessioni di un giurista sul rapporto tra mercato e solidarietà*, in *Rassegna dir. civ.*, 1995, I, 24, 31, l'autore parla di "distruzione concentrica del modello dello stato sociale", in palese violazione dei principi costituzionali.

¹⁷⁵ H. Collins, *The Sanctimony of Contract*, in R.Rawlings (ed.), *Law, Society and Science 1895-1995*, Oxford, Clarendon, 1997, 63-89 parla di "bilateralismo forzato del diritto dei contratti".

potenza retorica della dignità può aiutarla a recuperare il ruolo che le compete. Essa può aiutare a considerare contesto e obiettivi sociali della transazione¹⁷⁶ oltre a tensioni sociali e conflitti culturali. Per ancorare le osservazioni ad esperienze concrete verranno passati in rassegna alcuni dei casi più evidenti dove si evidenzia il rapporto fra dignità sociale e diritto dei contratti, per vedere quale è l'ideologia dominante che li regola.

I primi casi avranno al centro il tema del diritto all'abitazione, che non è presente come diritto da tutelare né nella Carta di Nizza né in molte legislazioni degli stati membri¹⁷⁷.

La relazione fra dignità sociale e diritto all'abitazione è evidente quando si fa riferimento al diritto del proprietario di recedere dal contratto di locazione. Proprio in questa circostanza la dignità umana potrebbe essere violata¹⁷⁸. Del resto è pacifico che vivere in un'abitazione decente riveste un'importanza cruciale per lo svolgimento di una vita qualificabile come dignitosa.

Molto più controversa è l'accettazione o meno del limite che lo stesso diritto di proprietà si può trovare a subire al fine di rispettare la dignità. Il caso che illustra meglio quanto sostenuto è quello dell'occupazione illegale di un immobile dovuta all'impossibilità materiale di pagare il canone di locazione¹⁷⁹. Del resto, la materia del diritto delle abitazioni è stata influenzata più di altre da discussioni circa l'applicazione di modelli di giustizia retributiva. Sia civilisti che pubblicisti hanno avanzato diverse considerazioni di carattere economico e sociale per trovare le migliori soluzioni all'interno di un campo, quelle delle locazioni, che si propone come parte integrante delle nuove misure di ridefinizione dello stato sociale¹⁸⁰.

¹⁷⁶ T. Wilhelmsson, *Private Law 2000; Small Stories on Morality through Liability*, cit., 247; ID., *Critical Studies in Private Law. A Treatise on Need-rationality in Modern Law*, Dordrecht, Kluwer, 1992, dice che "disoccupazione, malattia, povertà, devono essere visibili all'interno del diritto privato".

¹⁷⁷ Tuttavia J. Ziller, in *The Constitutional Dimensions of Tenancy Law in the European Union* (Background Paper), 15, reperibile al sito www.iue.it, ritiene che "L'enfasi posta dalla Carta sulla dignità può produrre interessanti sviluppi in quei campi del diritto che hanno un impatto sulla materia delle locazioni."

¹⁷⁸ Alcune pronunce di merito in Italia hanno sancito il contrasto di alcune procedure di recesso dal contratto con l'art.3, co.2 Cost, in quanto si assisterebbe ad una palese violazione della dignità sociale. Fra le pronunce Pret. Gallarate, 20 dicembre 1982, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1983, II, 1314; Pret. Torino, 26 gennaio 1982, in *Giurisprudenza italiana*, 1983 I, 2, 209 e per un'ampia analisi delle pronunce si veda G.Alpa, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1997, 415, 422 ss.

¹⁷⁹ In senso conforme si vedano Pret. Roma, 7 marzo 1978, in *Foro Italiano*, 1980 II, 74; Pret. Genova, 28 gennaio 1991, *Artale*, in *Cassazione Penale*, 1991, I, 1139.

¹⁸⁰ Per tutti si veda C.U. Schmid, *General Report*, 10, reperibile al sito www.iue.it.

Il diritto di abitazione è interessante anche sotto un ulteriore profilo, perché permette di analizzare la tensione fra la concessione di questo diritto e la dignità sociale sia nel rapporto stato individuo che, con uguale evidenza, nel rapporto fra privati¹⁸¹. In questo ultimo caso, molte pronunce dei giudici hanno tutelato la dignità con riferimento al principio di non discriminazione, e già nei precedenti paragrafi ho avuto modo di sottolineare come la dignità sociale interferisce, in ambito comunitario, con la libertà contrattuale proprio attraverso il principio di non discriminazione. Questo ha permesso la garanzia della tutela della dignità sociale anche laddove non espressamente citata in testi normativi. E' infatti evidente che il fondamento di un comportamento non discriminatorio anche in materia di abitazione- ma non solo- è la necessità di concretizzare il pari valore sociale del contraente debole rispetto alla controparte e agli altri consociati (nell'ambito di un profilo più allargato)¹⁸².

Oltre al diritto all'abitazione un altro campo in cui il ruolo della dignità sociale nel rapporto fra privati ha un importante rilievo è quello della tutela della salute.

Oggi la cura della salute è principalmente affidata a soggetti privati che con contratti di assicurazione coprono, parzialmente o totalmente, la necessità di cure mediche.

Per quanto riguarda la assicurazione sulla salute, la dignità sociale è chiamata in causa sia perché sono coinvolti molti valori costituzionali e sia per quanto attiene alla sfera meno propriamente giuridica della accessibilità del servizio. Se si vogliono prendere in considerazione profili sociali e

¹⁸¹ A tale scopo è interessante citare un caso affrontato recentemente dal Tribunale di Milano, nell'Ordinanza 30 marzo 2000, reperibile in Foro italiano, 2000, I, 2040, dove un proprietario si rifiutava di locare la casa ad un cittadino extracomunitario, proveniente dalla Costa D'Avorio. Tale comportamento è stato censurato dal Tribunale come discriminatorio e, in quanto tale, vietato dal diritto italiano.

¹⁸² Una pronuncia della Corte della Cassazione francese ha invalidato una clausola di un contratto di locazione che consentiva alla conduttrice di alloggiare con i suoi bambini, ma non permetteva a nessun altro congiunto o persona vicina alla stessa conduttrice di vivere nell'appartamento con lei. L'intento particolare del proprietario era quello di evitare che il compagno della donna, padre peraltro dei suoi due bambini, potesse vivere con lui. La ragione dell'invalidamento della clausola risiedeva nella sua contrarietà all'art. 8 CEDU, che tutela il diritto del rispetto della vita familiare, il quale rispetto veniva chiaramente negato dalla clausola suddetta (Cour de Cassation, 3e Civ, 6 marzo 1996, in *Dalloz*, 1996, 167, con nota di Lamy.

Per un commento dell'art 8 CEDU si veda M.W.Hesselink, *The Horizontal Effects of Social Rights in European Contract Law*, in *Europa e Diritto Privato*, 2003, 1, 8, n.21; in senso contrario, riferito alla necessità di usare il concetto di casa come luogo primario di affettività, intimità e riservatezza come è quello contenuto nelle clausole di ordine pubblico piuttosto che la nozione di famiglia, la cui rilevanza in ambito giurisprudenziale è sempre piuttosto controversa, si veda M.R. Marella, *The Non-Subversive Function of European Private Law: The Case of Harmonization of Family Law*, in *European Law Journal*, 2006, vol.12, 78, 95 ss.

culturali, è evidente che in materia di assicurazione rileva un uguale trattamento delle parti contrattuali e quindi, ancora, il divieto di discriminazione, e un uguale accesso alla regolamentazione delle polizze previste dalle compagnie assicurative.

La dignità sociale nel contratto di assicurazione sottende il principio di solidarietà¹⁸³.

Ancora una volta, anche in questo contesto, il concetto di dignità sociale può promuovere la costituzione di nuove norme legislative o spingere i giudici ad un formante giurisprudenziale il cui intento sia quello di evitare comportamenti discriminatori e proteggere la “vittima” del rapporto contrattuale. Un primo esempio potrebbe essere dato dalla creazione di norme che, pur rispettose di un'equa ripartizione dei rischi fra assicurato e assicuratore, limitino il diritto di recesso dell'assicuratore. La crescente privatizzazione dei servizi pubblici ha evidenziato la crucialità dei problemi di carattere sociale conseguenti ad un trattamento non paritario delle parti stipulanti un contratto di assicurazione, e ha dato voce a coloro che si impegnano a porre in essere norme che risolvano il problema. Il legislatore italiano si è attivato in questo senso con l'entrata in vigore della Legge 8 novembre 2000, n. 328, che introduce un sistema integrato di assistenza sociale pubblica e privata ispirato al principio della parità di trattamento, non discriminazione e garanzia di un livello di vita dignitoso, preceduto dalla Comunità Europea dalla sua Direttiva sulle clausole vessatorie 93/13 che, però, non affronta la problematica dei sistemi sanitari parzialmente o totalmente privatizzati.

Nonostante le buone intenzioni dei legislatori italiano e europeo, le soluzioni trovate dalle discipline legislative non si sono mostrate rimedio efficace per la garanzia di quella parità sociale prima auspicata.

¹⁸³ F.Ewald, *Die Versicherungsgesellschaft*, in *Kritische Justiz*, 1989, 385-393 ritiene che la società odierna è una “società delle assicurazioni”, dove l'assicurazione costituisce il nuovo contratto sociale del diritto privato, cuore della società moderna, fondato sul nuovo concetto solidarista di ripartizione dei rischi. Sullo stesso tema si veda anche T. Wilhelmsson, *Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law*, in T. Wilhelmsson, S. Hurri (eds.), *From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law*, cit., 3.

Ma i problemi del rapporto consumatore-assicuratore non si esauriscono a quelli sopra citati, che peraltro, come visto, sono parzialmente privi di risoluzione. Altri sono infatti i punti critici di questo rapporto, che un giusto utilizzo del principio di dignità sociale potrebbe definitivamente eliminare.

Ci sono alcune tipologie di contratto assicurativo che possono risultare assai invasive della sfera di intimità del soggetto privato.

Su tutte il contratto di assicurazione per l'assistenza di lungo periodo, oggi alternativa privilegiata rispetto all'intervento di assistenza pubblica nei confronti di anziani e disabili non più in grado di provvedere a loro stessi. A seconda delle malattie coinvolte, alcune di queste, come ad esempio l'Alzheimer, possono diventare molto onerose per l'assicuratore vista la loro incorrenza in persone di giovane età al pari di quelle non più nel fior fiore degli anni, con la conseguenza di una assistenza che va avanti per molti tempo. Per evitare di incorrere in tale economicamente svantaggiosa situazione, la gran parte delle assicurazioni sottopone i potenziali assicurati a test medici dai quali si possa rilevare la possibilità dell'insorgenza di malattie a lungo termine invalidanti, come l'Alzheimer. Se il ricorso ad investigazioni mediche può risultare la chiave di volta per la soluzione delle problematiche di carattere economico dell'assicuratore, lo stesso non vale per la disciplina del diritto dei contratti, nella quale permangono dubbi circa la legittimità della sottoposizione a test genetici dell'assicurato come prerequisito per la stipulazione del contratto di assicurazione. Il dubbio maggiore è circa la qualifica o meno del test genetico come obbligo pre-contrattuale di informazione da parte dell'assicurato. A questo si aggiunge la domanda circa la compatibilità della riduzione del rischio, garantita dall'espletamento del test, con la natura del contratto di assicurazione, contratto aleatorio che si qualifica per la ripartizione dei rischi ad esso inerenti.

Allargando l'orizzonte prospettico al diritto costituzionale, il processo di costituzionalizzazione dei diritti fondamentali insinua un'altra problematica rappresentata dalla possibilità che tali prove genetiche possano negare questi stessi diritti, o meglio non c'è risposta pacifica al quesito circa l'obbligatoria conducibilità di questi test anche quando contrastano un diritto fondamentale dell'assicurato.

Riassumendo, il conflitto fra libertà contrattuale e dignità umana nel contratto di assicurazione è evidente, cerchiamo di trovare una risoluzione ad esso.

Gli artt. 1 e 3 della Carta di Nizza riconoscono inequivocabilmente l'identità genetica dell'individuo come diritto fondamentale che non può essere violato né da soggetti pubblici, né da soggetti privati. Ma il problema della dignità genetica non era il solo sollevato dal contratto di assicurazione per un periodo di lunga assistenza, molti problemi sociali si aggiungevano a questo. Ciò ci induce a ritenere più appropriata una rilettura della problematica alla luce della dignità sociale piuttosto che della più generica dignità umana, il che consente di evidenziare la natura della prestazione fornita dal contratto come mezzo di sussistenza e di attribuire alle compagnie assicurative una più distinta responsabilità sociale. L'assicuratore non è quindi più una mera parte contrattuale, come la concezione classica del diritto privato inquadrava, ma è qualcosa di diverso, con implicazioni di carattere sociale che il pensiero liberale tradizionale non teneva di conto. Volendo essere più precisi, l'assicurazione di lungo periodo dovrebbe garantire ad anziani e disabili l'esistenza di una vita dignitosa, secondo quanto previsto dall'art. 25 Carta di Nizza. Da qui si evince l'importanza anche della dimensione solidaristica, prima evidenziata.

La dignità sociale pone inoltre al centro del dibattito sulla discriminazione genetica degli assicurati sia la problematica riferita alla prospettiva di diventare clienti o meno, sia la questione della differenziazione quantitativa dei premi di assicurazione – peraltro vietata negli USA¹⁸⁴. La discriminazione posta in atto da queste pratiche colpisce gruppi, oltre che individui, con effetti da evitare circa la possibilità di una piena partecipazione alla vita sociale della comunità¹⁸⁵.

La risposta della UE in riferimento alle pratiche discriminatorie che possono emergere da questi contratti è la direttiva sulle clausole vessatorie, mentre sul profilo della identità genetica si ricorre

¹⁸⁴ S. Barison, *Contratti nuovi, nuove tecnologie e tutela della persona : il trattamento dei dati genetici nell'assicurazione di long term care*, in G. Comandè (a cura di), *Persona e tutele giuridiche*, Torino , Giappichelli, 2003, 217-247.

¹⁸⁵ L. Gremigni Francini, in *Tutela degli anziani ed assicurazione per l'assistenza di lungo periodo alla luce dei diritti fondamentali*, in G. Comandè (a cura di), *Diritto Privato Europeo e Diritti Fondamentali*, Torino , Giappichelli, 2004, 213,240 parla della creazione di "proletariato genetico".

alla direttiva sui beni e servizi (2004/113/CE). Solo norme frammentate, quindi, che potrebbero essere sostituite da una più organica legislazione incentrata sul principio di dignità sociale.

Il campo che sintetizza meglio tutte le problematiche che il diritto dei contratti deve fronteggiare, una volta che si sostituisce allo stato sociale, è quello dei servizi pubblici privatizzati¹⁸⁶. Un soggetto privato, al pari di un soggetto pubblico, quando si trova a fornire prestazioni che sono oggetto di servizio pubblico dovrebbe garantire : uguaglianza nell'accesso, permanenza della sussistenza di obblighi a contrarre, fruibilità economica del servizio, diritto di recesso dal contratto da parte del fornitore, contenuto contrattuale provvisto di limitazioni in funzione dello svolgimento del servizio pubblico e tutela contro ogni forma di discriminazione sia nella fase dell'accesso al servizio sia in quella successiva del suo godimento¹⁸⁷.

La dottrina si è variamente posta con riferimento a questa problematiche e ha offerto diverse soluzioni : da una parte una soluzione più tecnica che chiederebbe l'introduzione delle tecniche di regolamentazione del diritto del lavoro nella disciplina generale del contratto, trasformando così, ad esempio, il principio di non discriminazione in strumento di valutazione della giustizia delle clausole contrattuali¹⁸⁸; dall'altra una soluzione che affonda le sue radici nella teoria generale del diritto e che si caratterizza della maggiore valorizzazione di logiche diverse da quella di mercato che popolano il diritto privato, dalla diversità delle quali potrebbe scaturire un progetto di giustizia sociale da introdurre nella disciplina dei contratti¹⁸⁹. Nella prima soluzione proposta, il modello da

¹⁸⁶ Alcuni di questi aspetti problematici sono stati disciplinati dalla Direttiva 2002/22/CE sui servizi universali in materia di telecomunicazioni ; Direttiva che, sulla base di una interpretazione estensiva, è stata poi allargata a tutti i settori con caratteristiche e funzioni analoghe a quello delle telecomunicazioni. A questa si aggiungono le Direttive sul mercato interno dell'energia elettrica (Dir. 2003/54/CE) e sul gas naturale (Dir. 2003/55/CE), che forniscono un livello minimo basilare di protezione per gli utilizzatori finali. Per un commento su queste Direttive si veda P.Rott, *A New Social Contract Law for Public Services ? Consequences from Regulation of Services of General Economic Interest in the EC*, in *European Review of Contract Law*, 2005, vol. 3, 323.

¹⁸⁷ La recente Comunicazione della Commissione sui servizi di interesse generale intitolata "Attuazione del programma comunitario di Lisbona – I servizi sociali di interesse generale nell'Unione" COM (2006) 177 si propone di promuovere la coesione e facilitare l'inserimento sociale, con particolare riferimento all'assistenza sociale, (che include anche persone colpite da crisi e difficoltà personali come disoccupazione, indebitamento eccessivo, crisi familiare o tossicodipendenza) facendo di essi prerequisiti per il godimento di diritti fondamentali come dignità e integrità personale.

¹⁸⁸ H.Collins, *European Social Policy and Contract Law*, in *European Review of Contract Law*, 2005, vol.1, 115.

¹⁸⁹ G. Teubner, *After Privatisation ? The Many Autonomies of Private Law*, in T. Wilhelmsson, S. Hurri (eds), *From Dissonance to Sense*, cit., 51 ss., spec. 54 ss, dove egli contrappone la logica di mercato chiamata *commodification* con logiche diverse da quella di mercato dette *polycontextuality*.

utilizzare sarebbe il sistema di valutazione della giustizia contrattuale fondato su tecnica comparativa proprio di alcuni contratti di lavoro. Essa consiste nel confrontare trattamenti giuridici di categorie diverse di lavoratori per vedere se la differenza di trattamento che ne consegue abbia una sua giustificazione oppure no e si traduca quindi nella discriminazione di una categoria rispetto all'altra. Questa tecnica potrebbe avere un efficace utilizzo nel controllo dell'equità delle clausole riguardanti il prezzo di beni e servizi e in materia di fissazione di tariffe di servizi di interesse generale o dei tassi di interesse per il credito al consumo.

Al di là di ogni precedente considerazione, il principio della dignità sociale può costituire un fondamento costituzionale per la risoluzione delle suddette problematiche, anche perché il legame che esso ha con i servizi di interesse generale è stata messo in luce più volte dalla giurisprudenza europea¹⁹⁰. L'interconnessione fra dignità sociale e fornitura di servizi di interesse generale fa emergere la povertà come elemento limitante il godimento di una vita dignitosa e, sotto il profilo più tecnico, dà rilevanza al problema dell'ammissibilità o meno del diritto di recesso da parte del fornitore del servizio essenziale nel caso in cui il suo venire ad essere viola diritti fondamentali. Il caso classico è quello della giustizia o meno della situazione in cui un soggetto, perché privo dei mezzi economici per far fronte al pagamento della bolletta dell'energia elettrica, si trova al freddo perché la compagnia di fornitura del servizio si è avvalsa del diritto di recesso per mancato adempimento della prestazione di pagamento¹⁹¹.

Un ulteriore e conclusivo aspetto che sottolinea l'importanza della dignità sociale nel diritto dei contratti è quello relativo all'accesso al credito da parte del consumatore.

Lo stato sociale sempre più ridotto ha allargato la domanda di credito al consumo o per il soddisfacimento di bisogni primari. Proprio perché la ragione della richiesta di denaro è il

¹⁹⁰ Fra i casi più significativi si ricorda quello citato della donna belga, il cui appello fu respinto dalla Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo, nella Decisione 9 maggio 1990, Van Volsem c. Belgio, ricorso n. 14641/89.

¹⁹¹ Sul tema si veda O. Cherednychenko, *The Constitutionalization of Contract Law : Something New Under the Sun ?*, in Electronic Journal of Comparative Law, 2004, 8.1, reperibile al sito www.ejcl.org.

soddisfacimento di bisogni prioritari, si assiste ad un sempre maggiore propensione ad accettare somme in denaro con tassi di interesse incredibilmente onerosi.

Il settore dell'accesso del credito si caratterizza per la diffusa disuguaglianza di trattamento dell'utente, in un sistema creditizio interno come quello italiano che non eccelle certo per trasparenza e garanzia di parità di trattamento.

Se l'obiettivo è quello di una vita dignitosa, si registrano da subito ostacoli pressoché insormontabili al conseguimento della stessa a seconda della classe sociale originaria di appartenenza, del genere o della etnia. Vita dignitosa, per tutti coloro che appartengono a queste categorie svantaggiate, significa acquisto di beni che la società consumista di cui facciamo parte rende indispensabili e che possono essere da questi ultimi ottenuti solo dopo il ricorso a prestiti in denaro.

Il sistema del credito al consumo, con le sue sofisticate reti di informazione, amplia questo divario di trattamento, perché sulla base delle informazioni ottenute il creditore già opera una selezione per la ricerca del perfetto acquirente. Questo porta, inevitabilmente, alla esclusione di categorie "indesiderate", il cui profilo non è idoneo a ricoprire i canoni del perfetto consumatore. Ma le conseguenze di ciò sono ancora più negative, se si pensa alla marginalizzazione in termini generali del povero che non ha avuto accesso al credito e al controllo che il fornitore esercita sul comportamento degli "eletti". Il risultato finale è quello della attivazione di un sistema profondamente antidemocratico¹⁹².

La dignità sociale può ancora esserci utile perché non soltanto richiede appropriate condizioni di accesso e clausole contrattuali eque, ma anche rimedi adeguati contro l'eccessivo indebitamento e la mancanza di liquidità economica. Alcuni autori hanno formulato in proposito l'idea dell'introduzione nei contratti di credito al consumo di una clausola di forza maggiore¹⁹³ o quella

¹⁹² O. Gandy jr, *The Panoptic Sort : A Political Economy of Personal Information*, Boulder, Westview, 1993, 2, citato in I. Ramsay, *Bankruptcy and Consumer Credit in the Declining Welfare State*, in T. Wilhelmsson, S. Hurri (eds.), *From Dissonance to Sense : Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law*, cit., 461-476.

¹⁹³ T. Wilhelmsson, *Social "Force Majeure" : A New Concept in Nordic Consumer Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 1990, vol. 13, 1.

dell'ampliamento ai consumatori dei rimedi previsti in caso di bancarotta¹⁹⁴. Alla luce della complessità dei fenomeni sociali scaturiti dalle privatizzazioni, sembra infatti ragionevole chiedere alle istituzioni finanziarie di dimostrare un atteggiamento più condiscendente nei confronti dei loro "clienti", anche se ciò può voler significare una certa perdita delle loro prerogative. Ed è ancora il principio della dignità sociale a fornire la base costituzionale per l'adozione di una simile logica nel diritto dei contratti. Essa, fondandosi sulla necessità di garantire una piena partecipazione alla vita democratica censura i trattamenti discriminatori e propone la messa in atto di misure disciplinari che riducano il rischio di soverchiante indebitamento da parte del consumatore.

In conclusione, la fisionomia oggi prevalente del diritto dei contratti è quella di un diritto che privilegia la libertà contrattuale come chiave di volta del sistema delle transazioni commerciali a scapito di valori altri come quelli fondati sulla solidarietà. Se la libertà contrattuale trova dei limiti, queste si incentrano su di una area estranea a quella del mercato dove ad essere in gioco sono le scelte esistenziali delle persone, che coinvolgono la sessualità, l'uso del corpo, le relazioni familiari e simili.

Per quanto riguarda il diritto dei contratti, esso riprodurrà, aiutato dalla scomparsa del modello tradizionale di stato sociale, la classica dicotomia fra settore privato attento alle logiche del mercato e settore pubblico dove le dinamiche redistributive hanno un impatto maggiore.

La dignità umana rimane pertanto un potente argomento retorico, destinato a fondare le pronunce giurisprudenziali a tutela dei diritti umani o ad ampliare il contenuto delle tradizionali clausole generali di ordine pubblico e buon costume. Ma questo non rappresenta niente di nuovo. La dignità non è andata oltre la buona intenzione di proporre l'importanza della garanzia dell'uguaglianza sostanziale, così come le Carte Costituzionali non andarono oltre la semplice menzione dell'uguaglianza sostanziale. I casi che hanno visto la dignità intesa in senso sociale come limite alla libertà dei contratti sono troppo sporadici per costituire un formante giurisprudenziale che possa

¹⁹⁴ I. Ramsay, *Bankruptcy and Consumer Credit in the Declining Welfare State*, cit.

dare adito alla formazione di un successivo concetto giuridico. Per questo la dignità umana tutt'ora rappresenta un elemento marginale nel diritto dei contratti.

Ciò non ci deve indurre a ritenere che l'esperienza della Carta di Nizza e dell'importanza che essa dà al principio di dignità sia vana. Se adeguatamente concepita in tutte le sue multiformi sembianze, la dignità può davvero rappresentare l'elemento unificatore della promesse di uguaglianza e democrazia che attraversano tutto il globo, e, volendo essere più minimalisti, può aiutare a cambiare il diritto privato rendendo più attenta a principi di solidarietà quella sua parte – il diritto dei contratti- che sembra meno curarsene.

4.3 LA DIGNITA' SOCIALE NEI PAESI DI COMMON LAW.

IL DIRITTO BRITANNICO E “L’INEQUALITY OF BARGAINING POWER”.

LA formula “*inequality of bargaining power*” fu coniata da un giudice inglese, Lord Denning, nella *opinion* espressa con riferimento al caso *Lloyds Banks v. Bundy* (1975), con l’intento di ricondurre all’interno di una specifica categoria del diritto privato tutte le figure di abuso contrattuale riconosciute dalla *Common Law*. Per le sue implicazioni sul principio della autonomia a contrarre, questa formula è stata oggetto di intensi dibattiti dottrinali nel mondo anglosassone e al di fuori di esso, dibattiti che ancora continuano.

La ragione del mio richiamo a questo principio non risiede soltanto nel verificare, cosa che è ormai al centro di molte ricerche, se esso costituisca un istituto *ad hoc* nel diritto anglosassone, ma anche se esso possa essere scelto come un istituto a tutela della dignità sociale sopra esposta.

Abbiamo già detto che le implicazioni maggiori di tale nozione si riflettono sulla libertà contrattuale, principio che si basa sul postulato che il contratto sia il risultato dell’ accordo “libero” della volontà delle parti, le quali godono di autonomia nel concluderlo e ne determinano il contenuto in funzione dei propri interessi.

Nel diritto britannico ci si spinge fino al punto di evitare l’intrusione di istituzioni esterne, sia che esse siano l’autorità giudiziaria o il legislatore - la rilevanza dei cui interventi è nulla - anche nel caso in cui, tramite essi, si vogliano tutelare gli interessi del contraente più debole o prevenire che un interesse pubblico venga sacrificato dal dispiegarsi di una vicenda privata¹⁹⁵. Questa concezione prende spunto dall’idea che le forze economiche debbano essere pienamente libere di determinare ad esempio i prezzi, senza incontrare alcun tipo di ostacolo che potrebbe pregiudicare il benessere

¹⁹⁵ Molteplici sono i riferimenti al principio della *freedom of contract* nella letteratura anglosassone, fra questi Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford, 1995, 3 ss; ID., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford 1979; Cheshire and Fifoot, *Law of Contract*, London, 1986; Collins, *The Law of Contract*, 1993; Fried, *Contract as Promise, A Theory of Contractual Obligation*, Harvard, 1981; Galgano, *Squilibrio contrattuale e malafede nel contraente forte*, in *Contr. e Impr.*, 1997, 422, dove ritiene che l’ordinamento dovrebbe disinteressarsi dell’intrinseca giustizia del contratto o interessarsene allo scopo limitato di presidiare il corretto svolgimento dell’operazione economica e tutelare la correttezza dello scambio; Mengoni, *Proprietà e Libertà*, in *La costituzione economica*, Milano, 20 ss, secondo il quale, invece, l’autonomia privata sarebbe “una variabile dipendente da garanzie pubbliche”.

generalizzato della comunità che solo un agire senza freni di determinate forze economiche può determinare. La parità formale e l' autonomia dei contraenti diventa quindi essa stessa garanzia di giustizia contrattuale (principio della sacertà del contratto). Le conseguenze del dispiegamento di tale principio si concretizzano nell'attuazione di scambi contrattuali che avvengono all'interno di un'area sottratta a controlli¹⁹⁶.

Questa concezione poteva avere senso in una società come quella ottocentesca dove il principio della libertà contrattuale era il portato di un processo di partecipazione politica, e dove essa agiva quindi come *empowerment*, ma nella società contemporanea il processo di partecipazione all'attività della cosa pubblica trascende l'autonomo esplicarsi di scelte contrattuali e il risultato è quello di caratterizzare oggi la libertà contrattuale come protezione dei poteri individuali - compresi quelli "forti"- , dall'invasione del potere statale¹⁹⁷.

I liberali classici della Scuola Austriaca di inizio Novecento hanno chiaramente elevato il principio di autonomia contrattuale al rango di valore sociale supremo, poiché necessaria preconditione dell'esplicarsi della volontà del singolo¹⁹⁸. Non vedono, essi, alcuna frattura fra l'idea solidaristica di intervento e quella più individualista di *laissez faire*, perché quest'ultima è principio di sviluppo sociale. La libertà contrattuale è quindi un bene giuridico degno di tutela in sé, per cui le scelte dei singoli dovrebbero godere di rispetto assoluto poiché costituiscono espressione del legittimo diritto

¹⁹⁶ Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, cit., individua un moto pendolare per questo principio : ad una fase di massima espansione che coincide con la metà dell'Ottocento, secolo d'oro dell'autonomia privata nel quale imperava il volontarismo, ovvero l'idea che la volontà era la causa prima del diritto e l'ordinamento giuridico non doveva in alcun modo intralciare il libero esplicarsi dell'autonomia contrattuale in materia privata, salvo il limite generale dell'illeicità, a cui succede una fase opposta che segna l'era dell'intervento "paternalistico" ,a partire dal 1970, dello stato e che ha inciso pesantemente sulla libertà contrattuale. E' solo nella prima metà degli anni '80, con le politiche della "nuova destra" del Primo Ministro Margareth Thatcher, che il pendolo torna nuovamente a muoversi in una direzione favorevole a quella della libertà contrattuale.

Atiyah spiega questi movimenti con l'insorgenza di tre fattori : la standardizzazione dei contratti, la contrattazione collettiva e l'istituzionalizzazione del contratto come strumento di politica economico-sociale.

La sua conclusione è che non è più possibile accettare , senza seriamente motivarla, l'idea che la legge attuale concerna solamente il procedimento di formazione dei contratti, senza influenzarne i risultati.

¹⁹⁷ Esempari sono state, al proposito, le critiche mosse da dottrina e giurisprudenza britannica all'introduzione di una legislazione a tutela del consumatore che, come *estrema ratio* prevedeva l'intervento dell'autorità pubblica. Le critiche erano state motivate dall'idea che il mercato risulta idoneo di per sé ad assicurare sicurezza agli scambi e certezza agli operatori. Lord Scarnam, nel caso *National Westminster Bank v. Morgan*, AC 686, 1985, in All. E.R., 82 afferma che le Corti non possono assumere il compito di introdurre ulteriori (rispetto a quelle già esistenti) restrizioni alla libertà contrattuale, poiché nel settore del contratto non si avvale alcuna esigenza di erigere un principio generale di "repressione del potere contrattuale".

¹⁹⁸ Fried, *Contract as Promise*, Cambridge, Massachusetts, London, 1981; Hayek, *The Road to Serfdom*, Chicago, 1944; Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, 1974.

di autodeterminazione di un individuo, al di là del giudizio che un osservatore esterno potrebbe esprimere in merito ad esse.

Leggermente diverso è invece l'approccio degli esponenti dell'analisi economica del diritto che sostengono che la "legittimità" di un accordo vada valutata in concomitanza con il suo impatto sui diritti dei terzi o sugli interessi dell'intera collettività. Sono ancora partecipi dell'idea che i controlli "esterni" debbano avere carattere di eccezionalità, ma cercano di bilanciare il valore dell'autonomia contrattuale con quello degli interessi collettivi non attribuendo così un valore di "sacralità" al principio della libertà contrattuale, come gli autori previamente citati sembrava volessero fare¹⁹⁹. Quello che i proponenti dell'analisi economica del diritto vorrebbero fosse seguita è la considerazione dell'incidenza nel sistema contrattuale delle "esternalità negative"²⁰⁰, ovvero di quei fattori che inducono ad una divaricazione fra costo privato e sociale. Per esternalità nel diritto dei contratti si intende infatti il comportamento dei contraenti che fa gravare sui terzi il peso del proprio accordo. I rimedi che si suggeriscono sono la sanzione dell'accordo, una previa fissazione dei limiti in via autoritativa e l'imposizione ai contraenti di "internalizzare" le esternalità attraverso correttivi di tipo risarcitorio o ripristinatorio.

Ma questi non sono i soli rimedi suggeriti, ad essi si aggiunge l'emergenza del criterio di correttezza contrattuale come parametro di valutazione degli interessi e del comportamento dei contraenti. Tale rimedio, ampiamente diffuso nei sistemi di *civil law*, aiuterebbe, peraltro, ad avvicinare i due sistemi di *common law e civil law*.²⁰¹

Il dibattito sulla libertà contrattuale è in definitiva la riproposizione del classico dualismo fra giustizia distributiva, più sensibile al rapporto fra autonomia privata e intervento pubblico e alla possibilità di un intervento esterno quando le condizioni dei protagonisti della vicenda contrattuale

¹⁹⁹ Poster, *Economic Analysis of Law*, Boston, 1968; Pardolesi, *Analisi Economica del Diritto*, voce del Dig. disc. Priv., Torino, 1987, 309 ss., dove afferma "E' utopistico pensare che i contratti, specie quelli di maggiore significato economico, non siano destinati ad interferire nella sfera giuridica della società nel suo complesso."

²⁰⁰ Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, 89, Yale Law Journal, 1980, con riferimento al commento sulla formula "pigouviana" delle esternalità negative.

²⁰¹ Alpa, *Corso di sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996, 509, dice "Quanto è lontana la nozione tradizionale di *freedom o contract* ! In passato, chi concludeva un contratto dichiarava *apertis verbis* che il contratto gli piaceva ed era contento di aver concluso l'affare."

non sono paritetiche in origine, per evitare il pregiudizio di interessi altrui derivante dall'esercizio di un'autonomia contrattuale senza limiti; e giustizia commutativa che si sostanzia di una totale insofferenza nei confronti di qualsiasi intervento esterno sul contenuto del contratto.

Per capire meglio l'andamento della problematica ci affideremo all'esempio offerto da alcuni casi giurisprudenziali, i quali purtroppo continuano a riproporre la tensione fra tutela della libertà contrattuale e necessità di controllare il processo di formazione del contratto e il suo contenuto tecnico giuridico. Le motivazioni dell'intervento cassatorio o protettivo dei giudici sono a tutt'ora focalizzate su consenso estorto con violenza, frode, indebita influenza, e, fondamentale, contrarietà all'ordine pubblico.

Tali soluzioni, con il passare del tempo e l'acquisizione di una consapevolezza maggiore circa la tutela degli "ultimi" nella società, necessitano di evolversi anche per porre fine al clima di incertezza giuridica che si respira nelle aule giudiziarie e che si attesta nella attuale dottrina sul tema.

4.4 IL CASO LLYOD BANKS LTD V. BUNDY.

Il caso più celebre, che ha permesso l'elaborazione della dottrina di *equality of bargaining power*, è la controversia *Llyod Banks LTD v. Bundy*.

Convenuto era il cittadino britannico Mr. Herbert Bundy, del villaggio contadino di Broadchalke, proprietario da diverse generazioni della fattoria Yee Tree. All'inizio degli anni '60 egli aveva ipotecato la fattoria a favore della Llyod Bank LTD a garanzia della società di macchine agricole MJB Plant Hire LTD, il cui unico proprietario era il figlio, Michael Bundy, in serie difficoltà economiche e cliente, insieme al padre, della stessa banca. Visto che col passare degli anni la situazione finanziaria del figlio di Mr. Bundy andò peggiorando, la banca convinse il padre a sottoscrivere ulteriori garanzie. Nel 1969 Mr. Bundy si trovava ad aver ipotecato per undicimila sterline la propria fattoria (che ne valeva diecimila) e con nessuna proprietà rimasta. Di lì a poco,

nei primi mesi degli anni '70, il figlio ricevette l'ordine di riscossione da parte della banca creditrice con il quale si apriva ufficialmente la procedura fallimentare. L'anno successivo la banca chiese a Mr. Bundy di onorare la garanzia prestata mettendo in vendita la fattoria, e lui, sotto pressione, vendette la fattoria per novemilacinquecento sterline, un prezzo inferiore rispetto alla stima reale, che anche periti d'ufficio, appositamente nominati per effettuare valutazioni tecniche nel giudizio di primo grado, avevano constatato essere maggiore rispetto al prezzo di vendita.

Per esercitare in via forzosa l'azione possessoria nei confronti di Mr. Herbert Bundy, la banca creditrice fece appello, ed è nel corso di questo di questo gravame che Lord Denning ha per la prima volta fatto riferimento alla dottrina di *inequality of bargaining power*.

All'inizio delle motivazioni della sua decisione Lord Denning premette che il diritto inglese non consente la possibilità di recedere dal contratto a chi sottoscrive una garanzia, anche se si versa in una particolare condizione di bisogno. Per sostenere quanto affermato egli poi cita il caso di un soggetto che, rischiando di vivere senza un tetto sopra la testa, aveva accettato di pagare un canone di locazione estremamente oneroso per lui. L'impossibilità di adempiere l'obbligazione assunta per mancanza di disponibilità economica non aveva impedito che gli fosse intimato di lasciare l'abitazione, vista l'impossibilità di recesso, senza eccezioni, una volta prestata la garanzia.

Se esistono eccezioni alla regola suddetta non sono motivate dalla tenuta in considerazione dello stato di bisogno ma dall'avveramento di condizioni contrattuali inique che si sostanziano in uno sproporzionato potere contrattuale di una parte rispetto ad un'altra. Solo di fronte all'occorrenza di questi casi i giudici inglesi hanno annullato contratti o trasferimenti di proprietà.

Con riferimento a questi ultimi casi, Lord Denning ritiene che la giurisprudenza inglese commetta l'errore di classificarli come casi isolati e slegati l'uno dell'altro, senza attribuirgli la dignità di elementi fondanti la costruzione di una nuova categoria giuridica. Ciò ha permesso a Lord Denning di suddividere in due grandi classi la generale categoria dell'annullamento del contratto: contratti e transazioni annullabili per frode, *misrepresentation* e errore, da una parte, e contratti annullabili per la sussistenza di condizioni di squilibrio contrattuale fra la parti, dall'altra. I casi che integrebbero

quest'ultima categoria sarebbero specificatamente costituiti dalla *duress of goods, unconscionable transaction, undue influence, undue pressure, salvage agreements*.

Il caso tipico della *duress of goods* si verifica quando una parte contraente si trova in una posizione negoziale forte o perché, mentre la controparte si trova in una situazione di difficoltà ed è disposta a accettare qualsiasi obbligazione sperando di risolvere tale situazione essa ha la proprietà dei suoi beni in virtù di un diritto di garanzia, o perché ricopre una carica pubblica che la pone nella posizione di approfittarsi del soggetto più debole (c.d. *color officii*).In entrambi i casi la transazione è annullabile con successivo riconoscimento del diritto di ripetizione della somma eccedente²⁰².

Per quanto riguarda invece l'*unconscionable transaction*, il caso tipico si verifica quando un soggetto accetta di trasferire la proprietà di un bene ad un prezzo nettamente inferiore al suo valore reale per ch  forzato alla decisione da difficoltà economiche che gli hanno impedito di formare un chiaro e ragionato apprezzamento della scelta finale, che non   libera ma condizionata da stringenti fattori esterni²⁰³.

Una categoria pi  ampia e complessa   quella della *undue influence*. Essa sarebbe ravvisabile nel caso in cui vi sia uno stretto legame di fiducia e confidenza fra le parti, o nel caso in cui una parte rivesta una evidente posizione di autorit  nei confronti dell'altra. In entrambi i casi, ci  che   ritenuto "influenza non dovuta"   lo sfruttamento di queste posizioni di vantaggio per ottenere cose dalla controparte che senza queste situazioni di privilegio non si sarebbero ottenute. Un ulteriore caso di *undue influence*   dato dall'approfittamento delle condizioni di anzianit , malattia e stress fisico o mentale dell'altra parte per farla acconsentire a sottoscrivere certe condizioni contrattuali che, mancando quel particolare stato di personale condizione e ferma restando la mancanza di coercizione, essa non avrebbe mai sottoscritto²⁰⁴.

²⁰² I casi pi  famosi da citare sono *Astley v. Reynolds* (1731) 2 Stra 915; *Green v. Duckett* (1883) 11 Q.B.D. 275 e *Maskell v. Corner* (1915) 3 K.B. 106.

²⁰³ I casi da citare in questo caso sono *Evans v. Llewellyn* (1787) 1 Cox 333; *Fry v. Lane* (1888) 40 Ch. D. 312 dove si afferma "Il risultato della decisione   che dove un acquisto   posto in essere da un povero e non adeguatamente educato con il costo conseguente di una considerevole sottovalutazione, avendo l'acquirente non avuto alcun libero apprezzamento, la corte, giudicando secondo equit , annuller  la transazione."

²⁰⁴ Per una chiara rassegna dell'istituto si veda Phang, *Undue Influence Methodology, Sources and Linkages*, in *Journal Business Law*, 1995, 552 ss.

In questa categoria possono quindi rientrare i casi in cui il contraente forte, pur non essendo colpevole né di frode né di atto illecito, realizza un vantaggio ingiusto approfittando del particolare rapporto che lo lega all'altro contraente; e sia i casi in cui una parte è direttamente colpevole di frode o atto illecito.

Nella prima ipotesi rientrerebbero i rapporti genitore-figlio, avvocato-cliente, medico-paziente, e altri, ovvero tutti quei rapporti dove la relazione fra i contraenti è tale da presumere una influenza eccessiva²⁰⁵, presunzione relativa che può essere vinta dando dimostrazione della prova contraria²⁰⁶.

Diversa dall'*undue influence* l'*undue pressure* si verifica invece quando un soggetto conclude un contratto a condizione sperequate perché spinto, suo malgrado, dalla pressione eccessiva esercitata dall'altra parte contraente che si trova in una posizione di vantaggio²⁰⁷.

L'ultima ipotesi da analizzare è quella dei *salvage agreements*, il cui caso tipico si verifica quando una nave corre il pericolo di affondare e cerca aiuto. Versando in una situazione di urgente bisogno, l'equipaggio accetta di pagare un compenso enorme, che va ben al di là delle giuste proporzioni al soccorritore, che occupa, inevitabilmente una posizione di forza dalla quale trae vantaggio²⁰⁸. La regola generale che si applica in questo caso consente alle parti che hanno fatto l'accordo di concluderlo e dargli efficacia, a meno che non sia manifestamente ingiusto e illegittimo; ma qualora esso fosse manifestamente ingiusto o illegittimo, la corte lo sanzionerebbe come nullo stabilendo essa stessa che cosa è legittimo e giusto.

Tutte quelle elencate sono le categorie all'interno delle quali Lord Denning fa rientrare la dottrina dell'*inequality of bargaining power*.

²⁰⁵ Il principio generale applicabile ai casi sopra enunciati viene formulato da Lord Chelmsford in *Tate v. Williamson* (1866) 2 Ch. App. 55, 61 : "wherever two persons stand in such a relation that, while it continues, confidence is necessarily reposed by one, and the influence which naturally grows out of that confidence is possessed by the other, and this confidence is abused, or the influence is exerted to obtain an advantage at the expense of the confiding party, the person so availing himself of his position will not be permitted to retain the advantage, although the transaction could not have been impeached if no such confidential relation had existed."

²⁰⁶ Ci sono alcuni casi dove il rapporto di confidenza non ha una particolare qualificazione, ma se provato essere una ragione di profitto di una parte a scapito dell'altra, qualifica comunque un comportamento di influenza non dovuta. Al proposito si veda il caso *Hodgson v. Marks* (1971) 2 All. ER 684.

²⁰⁷ Il caso guida è dato da *Williams v. Bayley* (1866) L. R. 200, a commento del quale Lord Westbury precisò : "A contract to give security for a debt of another, which is a contract without consideration, is above all things, a contract that should be based upon the free and voluntary agency of the individual who enters into it."

²⁰⁸ *Akerblom v. Price* (1881) 7 Q.B.D. 129 ; caso in cui il soccorritore accettò di prestare aiuto all'equipaggio in difficoltà in cambio del pagamento di 1000 sterline.

Nel caso di specie e con riferimento alla nuova dottrina formulata, Lord Denning conclude che la garanzia richiesta dalla banca era sproporzionata perché consistente in undicimila sterline a fronte di un debito di diecimila sterline; che la banca si era approfittata del rapporto di fiducia che aveva con un cliente di lungo corso, conducendolo alla rovina finanziaria senza avvertirlo della situazione economica disperata del figlio; che la relazione fra padre e figlio era caratterizzata da tale affezione che il padre sarebbe stato disposto a fare qualsiasi cosa pur di aiutare il figlio, e infine che la decisione presa dal signor Bundy non era stata né libera o indipendente, perché il consiglio di un soggetto esperto lo avrebbe sicuramente fatto desistere dal compiere un gesto finanziariamente sconsiderato. La conclusione del caso fu l'accoglimento dell'appello per la presenza di un conflitto di interessi fra la banca e il suo cliente, Mr. Bundy.

Quello che colpisce è che Lord Denning non fa coincidere la disuguaglianza del potere contrattuale delle parti con la disparità economica fra impresa commerciale e consumatore. Al contrario egli rileva solo i casi in cui emerge che il potere contrattuale di una parte è minacciato dall'ignoranza o infermità o altra situazione di debolezza dell'altra parte. In questo caso un contratto stipulato con un istituto di credito potrà ricadere nella dottrina della disparità di trattamento solo quando l'altra parte accetta di concluderlo secondo termini svantaggiosi perché versa in condizioni soggettive eccezionali.

Altri giudici della stessa Corte di Appello avevano preferito far riferimento alla più consolidata tradizione della contrarietà all'ordine pubblico per la qualificazione del contratto iniquo.

La posizione di Lord Denning ha attratto molte critiche sia da parte della dottrina che da parte della giurisprudenza. Quello che veniva maggiormente obiettato era l'apertura ad un intervento ritenuto invasivo del potere giudiziario sulla formulazione di un contratto, a cui si aggiungeva la critica circa l'arbitrarietà del potere di inclusione in una unica tipologia tutte le diverse sottocategorie del contratto iniquo²⁰⁹.

²⁰⁹ Le maggiori critiche ad una dottrina ritenuta troppo audace sono giunte, nella dottrina inglese, da Carr, *Inequality of Bargaining Power*, in *Modern Law Review*, 1975, 463-466; Chitty, *Chitty on Contracts*, London, 1988; Tiplady, *The Judicial Control of Contractual Unfairness*, in *Modern Law Review*, 1983, 601 ss. Egli addirittura ritiene che

Un'altra critica rivolta all'elaborazione della dottrina da parte di Lord Denning era rappresentata dal fatto che al nuovo principio di disuguaglianza contrattuale seguivano sanzioni ben più gravose rispetto a quelle previste nel caso di accordo contrattuale raggiunto per mezzo dell'istigazione di violenza. Ciò avrebbe creato una anomalia nel sistema²¹⁰.

Un'altra preoccupazione ha ad oggetto l'estensione della dottrina creata da Lord Denning, che può sottolineare le affinità fra differenti casi giudiziari, ma ha anche lo svantaggio di non metterne in luce le differenze. Detto in altre parole, l'incertezza definitoria del principio di disuguaglianza di potere contrattuale potrebbe incoraggiare l'utilizzo di criteri che potremmo definire impropri se riferiti a specifici e unici casi²¹¹.

In definitiva, la soluzione di Denning non sarebbe stata per niente risolutiva. La dottrina in questione, peraltro, non si applica a quei contratti che sono il risultato di un ordinario interscambio di forze, ma a contratti che trovavano già la loro disciplina – disciplina a tal punto consolidata da essere definita “intoccabile”- sotto altre categorie.

I casi a cui il principio di Denning non si applicherebbe possono essere esemplificati in una duplice categoria : quella di soggetti indigenti che non potendo permettersi di pagare il canone di locazione, pur di avere una casa, accettano di pagare canoni di gran lunga eccedenti le loro disponibilità economiche o quella, più diffusa, dell'accettazione circa la stipulazione di un contratto di mutuo a

l'elaborazione di un'adottrina così ampia e generica sia “*a subliminal evocation of the instinct for justice*”; Treitel, *The Law of Contract*, London, 1983.

Interessante al proposito la posizione di Guest in *Anson's Law of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 1984, che oltre a contraddire Lord Denning si spinge fino a sostenere che una dottrina unitaria sulla disuguaglianza contrattuale non può trovare posto nel diritto inglese (“*It cannot...be said that such a general principle has yet been accepted in English Law*”). A supporto della sua teoria l'autore cita due casi : Harry v. Tate & Lyle Refineries, Ltd e Pao On Lau Yiu Long, nei quali i giudici hanno affermato che elaborare una dottrina della disuguaglianza di potere contrattuale non sarebbe di alcun vantaggio perché non porterebbe un *quid pluris* per quanto concerne la protezione delle parti contraenti rispetto a quella garantita dal precedente istituto della iniquità del contratto. Nel secondo caso Lord Scarman aveva affermato “*the doctrine of inequality of bargaining power is unnecessary for the achievement of justice and unhelpful in the development of the law to invoke such a rule of public policy*”.

²¹⁰ Ancora Lord Scarman nel caso Pao On Lau Yiu Long citato ebbe modo di affermare : “*Such a rule of public policy as is now being considered would be unhelpful because it would render the law uncertain. It would become a question of fact and degree in each case whether there had been, short of duress, an unfair use a strong bargaining position.*”

Thal in *The inequality of bargaining power doctrine : the problem of defining contractual unfairness*, in *Oxford Journal Legal Studies*, 1988, 23, nota n. 25, sostiene che “E' difficile vedere perché dovrebbe essere così dal momento che la disuguaglianza del potere contrattuale è giudicata secondo equità e dovrebbe quindi condurre verso la soluzione del rimedio equitativo. Infatti, le corti hanno concesso un rimedio di tipo equitativo dopo aver giudicato casi di disparità di potere contrattuale che consisterebbe nell'attribuzione di una adeguata compensazione.”

²¹¹ Beale, *Inequality of Bargaining Power*, in *Oxford Journal Legal Studies*, 1986, 125-126.

tassi quasi usurari perchè si ha il disperato bisogno di moneta contante. In entrambi i casi il diritto inglese si astiene dall'intervenire, e la nuova dottrina di Denning non permette allo stesso modo un intervento a tutela della giustizia contrattuale in questi due casi esemplificatori. Quindi *much ado about nothing*.

Del resto in casi come questi un principio può dimostrare tutta la sua efficacia solo nel caso sia motivato da un ideale solidaristico, ma in Denning non è soltanto l'ideale altruistico a mancare come *ratio* della proposizione del principio, ma è lo scopo della sua costruzione teorica che è totalmente assente e questo rende assai arduo distinguere fra diverse forme di contrattazione che, pur essendo tutte unilateralmente vantaggiose, possono essere legittime o illegittime.

Il giudizio finale sulla dottrina di *inequality of bargaining power* è che sicuramente essa costituisce un argomento di dibattito stimolante e affascinante, ma non porta ad alcun risultato concreto per il perseguimento dell'idea di dignità sociale che abbiamo prima affermato, e rischia addirittura, a causa della sua genericità, mancanza di fondamento teleologico e conseguenze cassatorie dei contratti posti in essere che presentano disparità di posizioni contrattuali ingiuste, di colpire indiscriminatamente il mercato con gravi conseguenze circa la circolazione della ricchezza.

Il miglior modo per dare concreta realizzazione alla tanto invocata giustizia sociale è quello, tipico dei *common lawyers*, di analizzare con spirito pragmatico ogni singolo caso, inserendolo nell'appropriato contesto situazionale e lasciando da parte categorie troppo generalizzanti.

Al di là delle imperfezioni, la dottrina di Denning ha rappresentato un utile punto di partenza per la discussione del tema della giustizia contrattuale nel diritto inglese, con implicazioni evidenti anche nella trattazione di alcuni casi giudiziari.

Un caso da citare, nel quale il contratto è stato annullato per contrarietà all'ordine pubblico ma nelle cui motivazioni della decisione si possono udire echi delle parole di Denning per giustificare la sua costruzione teorica, è quello *Schroeder v. Macaulay*²¹².

²¹² *Schroeder Music Publishing Co. Macaulay*, 1974, I, WLR, 1308, 1316.

Il contratto oggetto del caso di specie era un contratto di esclusiva fra la suddetta casa discografica e un musicista che consentiva alla casa discografica di stabilire discrezionalmente se e quali brani incidere. Il musicista, ritenendo il proprio lavoro sottovalutato e avvertendo che le sue potenzialità di carriera erano nelle mani della casa discografica, decise di adire le corti per contrarietà all'ordine pubblico del contratto. La Corte, chiamata a giudicare circa l'abuso di potere, annullò il contratto per contrarietà all'ordine pubblico e queste furono le motivazioni della sentenza rese da Lord Diplock : “ secondo la mia opinione, sanzionare, con l'annullamento, un contratto iniquo dove una parte si avvantaggia a danno dell'altra, significa far valere la norma di ordine pubblico che impone di tutelare i contraenti più deboli contro coloro che, servendosi del maggior potere contrattuale di cui godono, li inducono a concludere contratti unilateralmente vantaggiosi.”

Un altro caso, che questa volta ha riconosciuto la valenza della dottrina di Denning , anche se con l'applicazione di alcuni correttivi, è il caso *Hart v. Connor*²¹³. I giudici del *Privy Council* hanno affermato che ignoranza, facile influenzabilità, bisogno urgente, mancanza di abilità o influenza nel mondo degli affari, integrano la fattispecie di disuguaglianza di potere contrattuale, anche se la presenza di questi ultimi non è di per sè necessaria e sufficiente a legittimare il ricorso ai rimedi. Per l'ottenimento di questi è necessario valutare i singoli casi che hanno indotto le parti a stipulare contratti in una posizione di svantaggio.

La sentenza *National Westminster Bank v. Morgan* ha rovesciato questa tendenza e la posizione avanzata da Lord Denning è stata fortemente ridimensionata. In questa decisione i giudici hanno fatto ricorso all'analisi più tradizionale consistente nella richiesta di intervento del legislatore per fornire direttive che possono implementare il principio di giustizia contrattuale.

I fatti consistevano nella iscrizione di una ipoteca sulla abitazione dei coniugi Morgan, dopo che questi ultimi avevano contratto un grosso debito con la *Abbey National Building Society*. Quest'ultima minacciava, in caso di mancato pagamento, di far decadere il diritto di riscatto dei coniugi. Per reperire i fondi necessari i Morgan si rivolsero alla *National Westminster Bank* che

²¹³ *Hart v. Connor*, 1985, 2 All ER, 880, 894.

accettò di acquistare l'ipoteca originaria. Sulla casa dei Morgan fu quindi accesa un'altra ipoteca a favore della banca che prevedeva la copertura di tutti i debiti commerciali, presenti e futuri dei due coniugi. Alla morte di Mr. Morgan, che nel frattempo aveva saldato ogni debito con la società di costruzioni, la banca, non soddisfatta, chiese l'immissione nel possesso della casa. Mrs. Morgan impugnò l'ordine di immissione con successiva richiesta di annullamento dello stesso ordine e contestando, inoltre, che l'assunzione del suo impegno con la banca era stato determinato dalla illegittima influenza esercitata dalla banca.

In primo grado, la *County Court* stabilì che non si era verificata alcuna pressione da parte della banca, che non c'era alcun rapporto fiduciario fra le due parti e che il contratto non era svantaggioso perché aveva evitato il rischio di evizione da parte della Abbey National Building Society.

Diversa fu la decisione in appello. La Corte di Appello invalidò l'accordo di garanzia che aveva reso Mrs. Morgan illimitatamente responsabile per i debiti del marito e ravvisò un comportamento contrario al rapporto fiduciario fra banca e cliente da parte della banca.

Quando il caso giunse alla *House of Lords*, Lord Scarman ebbe modo di interrogarsi sulle opportunità di una generale dottrinale sulla disuguaglianza contrattuale. La sua conclusione fu nell'enfasi della libertà contrattuale che avrebbe dovuto prevalere su tutto, e nella constatazione che per annullare un contratto non sarebbe solo stata sufficiente la presenza di una certa disuguaglianza contrattuale ma anche altri elementi.

Alla luce di quanto detto, possiamo ora rispondere alla domanda posta all'inizio : l'*inequality of bargaining power* può costituire una categoria unitaria che implementa il principio di dignità ?

Possiamo senza dubbio ritenere che la dottrina sulla disparità di potere contrattuale non possa essere considerata come formula di sintesi di per sé, al di là della sua adattabilità ad essere utilizzata come strumento di promozione della dignità sociale, nel diritto anglosassone e altrove. Le categorie che essa comprenderebbe sono infatti tutte "ipotesi di scuola" già ben definite, la semplificazione delle quali non avrebbe alcun vantaggio all'interno dell'attuale sistema giuridico ma sarebbe piuttosto un

a fonte di incertezze interpretative a tutto detrimento del fondamentale dogma della certezza del diritto.

L'elemento unificatore di tutte le ipotesi di *inequality of bargaining power* sarebbe la privazione di scelta unilaterale, secondo Lord Denning. Ma questo aprirebbe all'inclusione sotto questa dottrina anche dell'istituto dell'errore e della falsa rappresentazione.

Va poi sottolineato che è difficile generalizzare il diritto di scelta, esso varia caso per caso, e in generale non c'è alcun precedente nel diritto anglosassone, sia britannico che nordamericano, che possa indurre a farci propendere verso la possibilità di identificare la disparità di trattamento come istituto giuridico *ad hoc*.

In ogni caso a Lord Denning va riconosciuto il merito di aver indotto la dottrina inglese e non solo ad essere più attenta alle commistioni fra libertà contrattuale, congruità dello scambio, correttezza, tutela e, soprattutto, dignità del contraente debole.

4.5 GIUSTIZIA, DIGNITA' SOCIALE E DIRITTO DEI CONTRATTI.

CONCLUSIONI.

Il punto di partenza per un 'analisi conclusiva del tema della giustizia e dignità sociale è dato sicuramente dall'elaborazione del "Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti", nel quale vengono messi in luce due aspetti fondamentali : la carenza di legittimazione politica degli organi deputati a legiferare, che vedono studiosi e esperti senza alcun seguito popolare e di consenso prendere decisioni per la comunità dei cittadini europei in *smoke filled rooms* e, la mancata attenzione a tematiche esorbitanti il concetto mercantilista come dignità o giustizia sociale nel diritto privato europeo. Non è casuale che per quanto concerne il primo problema la travagliata applicazione del probabile Trattato di Lisbona fornisce soluzioni nel senso di un ampliamento democratico delle istituzioni europee con figure decisionali rese più politicamente responsabili²¹⁴. Del resto se si vuole cambiare il diritto dei contratti non si può prescindere dal menzionare le trasformazioni a livello costituzionali, senza l'implementazione delle quali l'appello per la costruzione di un diritto privato diverso rischia di diventare un guscio vuoto.

Il secondo problema evidenziato dal Manifesto è invece direttamente incentrato sul diritto contrattuale e presuppone un'analisi circa il complesso dei valori cui il diritto privato europeo ha finora mostrato di ispirarsi e che si esemplificano nel sistema di tutela del consumatore. Quest'ultimo, dal canto suo, consisterebbe in un insieme di provvedimenti a correzione del mercato, cioè non direttamente rivolti ad aiutare il contraente debole, che quindi trascurerebbero le fonti di disuguaglianza diverse dall'asimmetria informativa tra le parti contrattuali. Se esistono fonti comunitarie ispirate a valori di altro tipo, nel loro complesso esse fanno tuttavia propri i meccanismi distributivi decisi dal libero mercato, trascurando i risvolti legati allo sfruttamento e alla esclusione sociale. Come già ampiamente sottolineato nei paragrafi precedenti, il diritto privato dei contratti

²¹⁴ Al proposito si veda Alpa, *The Meaning of "Natural Person" and the Impact of the Constitution for Europe on the Development of European Private Law*, in *European Law Journal*, 2004, 734 ss.

dovrebbe invece farsi carico di questi aspetti implementando misure capaci di incidere sulla distribuzione della ricchezza materiale e sulla capacità dei cittadini di godere di godere e trarre beneficio dalle libertà civili e dai diritti sociali ed economici ad essi garantiti.

Queste conclusioni apparirebbero scontate, ma la realtà dei fatti parla un linguaggio diverso ed esse solo saltuariamente si trovano espresse in questo e quel nuovo manifesto che intenderebbe promuoverle. Nel complesso sono le linee di politica del diritto dei fautori della libertà di mercato che vengono accettate²¹⁵ e se il Manifesto sopra citato ha un grande pregio è quello di aver portato all'attenzione più generale del pubblico una tematica che aveva il suo luogo di elezioni nei dibattiti giuridici intrisi di tecnicismi, il cui risultato maggiore è quello di allontanare maggiormente l'attenzione di una più vasta comunità²¹⁶.

Tre sono gli aspetti salienti da mettere in luce di quanto il Manifesto sostiene.

Il primo attiene all'accresciuta importanza che i diritti sociali assumono nel Trattato Costituzionale, ormai parificati e non più subordinati a quelli di carattere economico. Il riconoscimento di tali diritti ripete l'affermazione di principi costituzionali consolidati all'interno dei singoli stati membri, attraverso i quali si può fondare un diritto dei contratti europeo differente da quello fino ad ora noto. Questa identità ci consente di sviluppare un diritto dei contratti cui affidare compiti di redistribuzione della ricchezza sulla base di schemi che non pregiudicano l'assetto stabilito di libero mercato. A questo punto è infatti d'obbligo il chiarimento circa il fatto che la promozione di un diritto privato più solidarista non equivale alla cancellazione della logica di mercato e ad un ritorno ai piani quinquennali o alle nazionalizzazioni dei mezzi produttivi di bolscevica memoria. Ciò che si auspica è che vi sia un equilibrio tra le due componenti, visto che per troppo tempo il piatto della bilancia del libero mercato ha avuto un peso assolutamente maggiore rispetto a quello dell'approccio solidaristico.

Il secondo concerne l'invito ad una più attiva partecipazione degli stati nazionali come antidoto contro la costruzione di un diritto privato europeo fortemente condizionato dai rappresentanti degli

²¹⁵ A. Somma, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, Torino, 2003, 66 ss.

²¹⁶ Tale commento si deve a S. Bentivegna, *Teorie della comunicazione di massa*, Roma e Bari, 2003, 114 ss.

interessi forti ed in questo non solo le istituzioni politiche devono fare il loro ruolo ma con loro anche la spinta del consenso popolare tramite partecipazione incanalata in associazioni che spingono in tal senso.

Il terzo e ultimo aspetto sottolinea l'importanza di una armonizzazione delle varie discipline interne agli stati membri in modo da facilitare un maggiormente coerente formante giurisprudenziale che insieme all'azione politica e alla pressione popolare promuova l'intento solidaristico nel diritto privato europeo dei contratti.

Secondo gli autori del Manifesto la chiave di volta del cambiamento nel diritto privato dei contratti è il valore della giustizia sociale. E' difficile dare una definizione accurata di concetti valoriali, ma sommariamente per giustizia sociale si intende un bilanciamento fra la massima dell'autonomia privata da un lato e la massima della solidarietà dall'altro, riassumibile nelle più generica formula di esclusione di attività di sfruttamento ed esclusione sociale. Il Manifesto presenta, purtroppo, delle lacune per quanto riguarda i mezzi che dovrebbero essere usati per raggiungere tali obiettivi.

Ad essere sinceri l'unico strumento che viene proposto è quello della costituzionalizzazione del diritto dei contratti, che è resa difficile dalla diversa ratio sottesa dalle fonti del diritto privato da una parte e di quello costituzionale dall'altro : un modello intervista nel secondo che mal si concilia con la ratio ispiratrice del primo che consente l'intervento in modo marginale o non lo consente affatto.

La logica del Manifesto è piuttosto diversa da quella che il pensiero liberale ha consolidato in ambito privatistico, e questo rende tutto più complesso. Per coloro che, basandosi sul presupposto che solo l'agire spontaneo sia capace di fondare forme di convivenza pacifiche mentre al contrario l'agire eterodiretto conduce ad un indesiderato risultato opposto, e che vedono nella libera contrattazione un valore di giustizia realizzato, è difficile accettare l'idea di una concezione di giustizia declinata in altro modo²¹⁷. Questa ottica ammette interventi dello stato volti ad alimentare

²¹⁷ Il principale fautore di questo pensiero notoriamente è F.A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà* (1973-1979), trad.it., Milano, 2000, 361.

la solidarietà in senso verticale e non quella in senso orizzontale. Per solidarietà in senso verticale si intendono tutte le misure dello stato assunte nei confronti del singolo individuo, misure da favorire perché le vicende a cui si riferiscono rimarrebbero variabile dipendente dai confini tracciati dal mercato. La solidarietà orizzontale, proprio perché mirante a trasformare il mercato conformandolo a prescrizioni che plasmano contenuto e forme delle relazioni economiche, è invece da condannare. Da qui discende l'ammissibilità di interventi solo in senso verticale da parte dell'idea liberale classica²¹⁸.

In alcuni testi costituzionali sono stati evidenziati i diritti sociali e la loro necessaria tutela anche e principalmente con riguardo ai rapporti fra privati. Così facendo ci si è estesi sino alla formulazione dell'ipotesi della conformazione del mercato a questa stessa idea²¹⁹.

Caso degno di particolare menzione è quello della Costituzione tedesca, nella quale si omette un esplicito riferimento alla tutela dei diritti sociali e non viene tradotto in parole il principio della solidarietà orizzontale - al di là della qualificazione dello stato tedesco come "stato federale democratico e sociale" (art. 20), da una parte, e della disposizione secondo cui la "proprietà impone degli obblighi" ed "il suo uso deve al tempo stesso servire al bene della collettività" (art. 15

A corollario di questa idea è interessante riportare il pensiero di R. Cubeddu che in *Atlante del liberalismo*, Roma, 1997, 36-40, ritiene che il libero mercato, in quanto "risultato di un lungo processo culturale", consenta "di soddisfare le aspettative soggettive indipendentemente dalle decisioni e dal controllo del potere politico."

²¹⁸ Ci sono diversi testi normativi che non contengono disposizioni in linea con questa impostazione ideologica : fra questi spicca la Costituzione italiana. All'art.41 essa impone di esercitare l'iniziativa economica con modalità idonee ad indirizzarla a "fini sociali"; all'art. 42 impone l'esercizio del diritto di proprietà in forme compatibili con la sua "funzione sociale" e tutto questo in linea con la richiesta ai cittadini di adempiere "ai doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale" prescritti dall'art. 2 e con la disposizione dell'art. 4 secondo la quale "ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta una attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società." Secondo alcuni autori (N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 18 ss) tali norme tradirebbero addirittura una "matrice totalitaria", in quanto affidano allo stato "il disegno globale dell'economia" in palese contrasto con l'opzione comunitaria a favore "del mercato e della libera concorrenza").

Altre Costituzioni europee che attuano un disegno di politica del diritto incompatibile con quello comunitario, anche se con accenti meno solidaristici rispetto a quella italiana, sono la costituzione portoghese il cui art. 61 stabilisce che l'iniziativa economica privata deve praticarsi tenendo conto dell'"interesse generale"; quella spagnola che limita l'esercizio dell'autonomia privata all'espletamento della "funzione sociale" (art.33); in modo più articolato quella irlandese che in linea con la sua inclinazione confessionale prescrive l'esercizio del diritto di proprietà in forme rispettose dei "principi di giustizia sociale" (art. 43) e inoltre impone allo stato di indirizzare la sua politica affinché "la proprietà e il controllo delle risorse materiali della comunità siano distribuite fra i singoli individui e le diverse classi" e "la dinamica della libera concorrenza non sia consentita per quanto a essa consegua la concentrazione della proprietà o il controllo delle risorse primarie in mano a pochi individui".

²¹⁹ Le Costituzioni alle quali ci riferiamo sono : quella portoghese con l'affermazione secondo la quale "i precetti costituzionali riguardanti i diritti, le libertà e le garanzie vincolano gli enti pubblici e privati" (art. 18); quella greca che precisa che "i diritti dell'uomo inteso come individuo e come membro dell'insieme sociale" (massime ricavate dal principio dello stato sociale di diritto) interessano anche i "privati nelle forme specifiche dei loro rapporti" (art. 25).

), dall'altra -. La ragione della mancanza di diretti riferimenti a diritti e tutele di carattere sociale è dovuta alla riluttanza da parte del legislatore tedesco di prendere parte al dibattito in corso durante la scrittura della Carta fra sostenitori della democrazia sociale, e quindi favorevoli a uno stato interventista in economia, e i sostenitori della democrazia liberale o “neoliberale”, convinti invece che lo stato debba limitarsi a descrivere la cornice normativa entro la quale viene assicurato il confronto dialettico fra le forze del mercato²²⁰.

All'inizio fu il modello della democrazia sociale quello ad ottenere maggiori consensi²²¹, nonostante venisse ostacolato dalle forze di occupazione statunitensi che volevano imporre posizioni concettuali dove l'interventismo statale in economia fosse del tutto obliterato. Nel mezzo di queste pressioni, l'esecutivo tedesco affidò l'elaborazione delle politiche economiche ad Alfred Muller-Armack, noto fautore del termine “economia sociale di mercato”²²², termine indicante la situazione tipica in cui i principi del libero mercato, in particolare proprietà privata e libera concorrenza, sono affiancati da poteri statali volti alla realizzazione di forme alleggerite di perequazione sociale sotto la condizione che esse promuovano la crescita economica.

Nella realtà dei fatti l'elaborazione di questo modello mediano non ha trovato riscontro nelle pronunce delle corti tedesche che, anche grazie alla spinta legislativa di governi a guida socialdemocratica, hanno fortemente promosso un'interpretazione della Carta tedesca nel senso di promozione di modelli solidaristici a livello orizzontale e verticale. Questa impostazione ha consentito alle corti di ritenere costituzionalmente illegittimi tutti quei comportamenti fra privati che, negando la validità del principio dello stato sociale, si concretizzavano nello sfruttamento della parte più debole e nella illegittima preminenza di quella più forte. Tali conclusioni giurisprudenziali

²²⁰ Come esponente della prima posizione intellettuale si veda A. Arndt, *Planwirtschaft*, in SJZ, 1946, 169 ss; come maggior esponente della seconda posizione di principio si veda F. Bohm, *Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung*, RPD, n.3, 2003, 141 ss.

²²¹ Su questa preminenza dell'idea socialdemocratica rispetto a quella liberale si veda il commento di G. Bruggemeier, *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus*, Bd. 2, Frankfurt am Main, 1979, 334 ss.

²²² Una delle sue opere maggiori è *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik*, Freiburg, 1966.

sono state formulate inizialmente con riferimento alla materia lavorativa e poi si sono ampliate a tutte le materie riguardanti il principio di libertà contrattuale²²³.

Se le costituzioni europee, come auspicato dal Manifesto, invocano misure di conformazione del mercato a principi di carattere sociale, lo stesso non si può dire per il Trattato Costituzionale Europea che pur annoverando tra gli obiettivi dell'Unione Europea la promozione della "giustizia" e della "promozione" sociale, le attribuisce un ruolo subordinato rispetto alla costruzione di un'"economia sociale di mercato fortemente competitiva" (artt. 1-3)²²⁴.

Al di là di queste considerazioni di politica del diritto è interessante adesso definire più specificatamente i concetti di solidarietà verticale e orizzontale.

La definizione del primo è fondamentale anche per capire il grado di estensione dell'autonomia privata in una economia di mercato²²⁵. La risposta può essere rintracciata in una autonomia dei privati che sia compatibile con il principio di uguaglianza in senso formale, che sancisce la necessaria parità davanti alla legge, e con il rispetto dei diritti sociali, per i quali è notevole sottolineare che in un regime di applicazione della sussidiarietà verticale è richiesta il solo rispetto e non l'osservanza. In questo regime si riconosce ampiamente la libertà di impresa e il diritto di proprietà viene visto come diritto assoluto limitato solo da misure di interesse generale. La sottolineatura ci fa comprendere perché nelle carte costituzionali dove il modello della sussidiarietà verticale è dominante ci si rifiuti di codificare esplicitamente qualsiasi riferimento alla

²²³ Rispettivamente BVerfG, 17 agosto 1956, in BVerfGE, BD. 5 (1956), 85 ss e BverfG, 12 novembre 1958, RPD, Bd. 8, (1959), 274 ss.

²²⁴ P. G. Monateri in *La neutralizzazione del diritto pubblico nazionale da parte del diritto comunitario : un destino inevitabile ?*, 2006, Giappichelli Editore, Torino, sostiene che il modello ordoliberal è un vero e proprio paradigma per la società europea come definita dal diritto costituzionale comunitario stesso. Sulla base di esso è necessario favorire "l'autonomia privata in regime di concorrenza non distorta dalla presenza di concentrazione del potere pubblico".

Questa ci sembra la chiave ermeneutica più appropriata, perché come sembra temere per tutti E. Paciotti in, *La Carta : i contenuti e gli autori*, in A. Manzella, P. Melograni, E. Paciotti e S. Rodotà, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, 9 ss, nell'ambito di un dibattito in cui le diverse posizioni si prestano facilmente ad avere un'etichetta politica di destra o di sinistra, la chiave ermeneutica usata da Monasteri non favorisce la costruzione di "interpretazioni di sinistra" elaborate al solo scopo di proporre "critiche di destra".

²²⁵ Questa è la domanda che D. Kennedy in *La funzione ideologica del tecnicismo nel diritto dei contratti*, in Riv. crit. dir. pri., 2002, 343, si pone.

funzionalizzazione sociale del diritto non motivato da logiche produttivistiche²²⁶. Il riferimento al divieto di discriminazione e l'affermazione della parità fra uomo e donna non consentono di fondare diritti sociali in un quadro normativo dove la solidarietà verticale prevale, perché finiscono per incidere su diritti sociali previamente riconosciuti : un mantenimento dello *status quo*, senza aggiungere niente di nuovo. Il divieto di discriminazione, come ho già sottolineato, da solo non consente una decisiva incidenza sui rapporti interindividuali, perchè deve essere accompagnato da motivazioni solidaristiche se vuole agire come motore di cambiamento. I comportamenti indotti dal divieto di discriminazione non sono infatti il risultato di interventi eteronomi idonei ad incidere in modo sostanziale sull'autonomia privata : un esempio è la conclusione di un contratto fra parti dotate di forza economica e sociale strutturalmente diseguale, dove il rispetto del divieto di discriminazione avviene sulla base delle condizioni decise dal mercato e consente esclusivamente di condizionare l'individuazione del contraente, ma non di determinare i termini dell'affare in un senso meno mercantile e più solidarista.

Il passo avanti fatto dai regimi dove si applica il principio della solidarietà verticale è dato dal riconoscimento di nuovi diritti, cosiddetti di "terza generazione", che pur differenziandosi dai diritti sociali consentono di scalfire la logica dominante della *commodification* e di limitare la autonomia contrattuale in nome di nuove figure di diritto soggettivo tutelate²²⁷. Questi diritti sono modellati sulle caratteristiche che differenziano l'individuo dal punto di vista del suo essere bambino, malato e anziano nella società²²⁸. Qualcuno potrebbe obiettare che questi diritti sono in realtà diritti sociali, ma poiché si riferiscono a soggetti ininfluenti sul mercato produttivo, non possono essere qualificati come diritti sociali in senso proprio. Caso a parte rivestono i diritti all'inserimento professionale riconosciuto ai disabili : in questo caso si parla di diritto di prestazione capace di incidere sui

²²⁶ In proposito si veda M. Comba, *I diritti civili. Verso una nuova funzione della proprietà privata*, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma e Bari, 2003, 162 ss.

²²⁷ Esemplificativa è la lista di nuovi diritti introdotta dalla Carta di Nizza che annovera i diritti dei bambini "alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere (art. II-24); il diritto degli "anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale" (art. II-25); il diritto dei disabili "di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità" (art. II-26).

²²⁸ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1992, 67, dice che l'individuo è caratterizzato nei diritti di terza generazione dalle sue "maniere di essere nella società come infante, come vecchio, come malato, ecc."

meccanismi di mercato e di consentire in tale ambito l'attuazione di massime solidariste. Ma, come noto, i diritti di prestazione hanno natura giuridica di principi che, in quanto tali devono essere osservati e non anche rispettati.

Con questo possiamo concludere che il modello di giustizia sociale proposto dal Manifesto può essere efficace solo se la costituzionalizzazione del diritto dei contratti avviene nel segno della tradizione sviluppata dagli stati nazionali.

Capitolo 5

LA DIGNITA' DELLA PERSONA NEL DIRITTO PRIVATO.

Dopo aver trattato a lungo di una forma particolare di dignità, quella sociale, l'intento attuale è quello di descrivere, nella seconda parte di questa ricerca, gli effetti di una forma di dignità che nel diritto privato passato e presente ha trovato da sempre un ruolo fondamentale : la dignità della persona. Lo studio della dignità della persona è profondamente legato allo sviluppo dei diritti della personalità e nei tempi attuali è foriero di dibattiti assai accesi, perché arriva a toccare questioni controverse come prostituzione e commercio sessuale, eutanasia, fecondazione eterologa e uso degli embrioni. Le tematiche prima menzionate rivestono oggi una particolare importanza perché sono crocevia dei limiti di ingerenza del potere della chiesa nello stato e fanno interrogare sulla situazione della forma della laicità dello stato medesimo in un paese come quello italiano dove la chiesa sembra aver preso seriamente il suo magistero di predicazione della dottrina cristiana contrastando ogni forma di disposizione del corpo contraria ai propri canoni.

Per quanto riguarda più strettamente il diritto privato, l'ambito della tutela della dignità della persona ha fondamenti più saldi rispetto alla costruzione della ipotesi di dignità sociale : esso si fonda infatti sulla illiceità di certi comportamenti che sono qualificati come contrari all'ordine pubblico, al buon costume o ai principi fondamentali dell'ordine giuridico. Nel diritto dei contratti la nullità del contratto per illiceità trova quindi nuova forza anche se dobbiamo indagare circa l'esistenza o meno di nuovi strumenti che permettano una protezione maggiore della dignità della persona, che rappresenta il fondamentale intento della mia ricerca.

5.1 LA CONTRATTUALIZZAZIONE DEI DIRITTI DELLA PERSONALITA'. LA DISPOSIZIONE DEI DIRITTI SUL CORPO.

Lo sviluppo della scienza e di nuove tecnologie hanno reso possibili interventi sul corpo umano che solo qualche decennio fa erano impensabili : il corpo può essere osservato fino ad arrivare alle sue strutture molecolari più complesse, può essere parzialmente isolato dal suo contesto naturale (forme di espanto di organi) e conservato nei suoi diversi stadi di sviluppo (meccanismi di criogenazione di parti del corpo, o di embrioni), ma in modo più allarmante, può essere manipolato per le finalità più svariate.

La manipolazione del corpo meno preoccupante, ed anzi ben accetta, è quella relativa all'intervento a scopo curativo²²⁹. Ma ci sono molti altri casi in cui il corpo è oggetto di fruizione da parte dei terzi che lo sfruttano a scopo meramente commerciale, terapeutico o sperimentale²³⁰. Premessa utile è la sottolineatura della necessità del consenso informato della persona interessata per ogni intromissione nella sfera corporea soggettiva²³¹, anche se la questione fondamentale rimane quella dei limiti entro i quali il soggetto “possa” disporre di parti, prodotti, o funzioni del proprio corpo a vantaggio di altri oltre alla fissazione del regime giuridico applicabile a questi atti di disposizione del proprio corpo²³².

La disciplina codicistica stabiliva all'art. 5 c.c. il divieto degli atti di disposizione del proprio corpo “quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti

²²⁹ Sulla tematica si vedano, fra tutti, Ferrando, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico. Principi, problemi e linee di tendenza*, in Studi in onore di Pietro Rescigno, V, Milano, 1998, 199 ss.

²³⁰ E' interessante notare che la definizione data dall'art. 2 della dir. 98/44/CE (attuata in Italia con d.l. n. 3/2006) sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche al corpo sfruttato per ragioni sperimentali o terapeutiche è quella di “materiale biologico umano”, ovvero “un materiale contenente informazioni genetiche, autoriproducibile o capace di riprodursi in un sistema biologico”, una concezione di corpo umano che si caratterizza per la sua brutale sintesi propria della definizione di scienza, abbandonando quelle nozioni qualitative prescrittive che accompagnano il corpo nella tradizione filosofica e soprattutto in quella teologica.

²³¹ Il requisito del consenso obbligatorio è cristallizzato nelle norme dell'art. 3 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali di Nizza, nell'art. 5 della Convenzione di Oviedo sulla biomedicina e agli artt. 2, 32, e 13 Cost., come più volte ribadito in sentenze della Corte Costituzionale.

²³² Per la definizione della disciplina giuridica applicabile, i giuristi sono soliti distinguere fra atti di disposizioni effettuati nell'interesse proprio e atti di disposizione effettuati nell'interesse altrui: si veda al proposito D'Arrigo, *Autonomia privata e integrità fisica*, Milano, 1999, 237.

contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume²³³.” La ratio dietro alla costruzione di questa norma era quella di ribadire la validità dei negozi mediante i quali un soggetto concede ad altri, anche a titolo oneroso, la facoltà di utilizzare parti, prodotti e funzioni del proprio corpo e di prevenire, allo stesso tempo, un possibile abuso dei poteri di autonomia privata salvaguardando interessi ritenuti superiori come quello della funzione riproduttiva e procreativa della specie²³⁴. Se all'apparenza la norma dell'art. 5 c.c. sembrava evidenziare una contraddizione in termini, ad una più attenta osservazione celava una singolare coerenza : il corpo, da un punto di vista giuridico, veniva costruito come elemento esterno alla persona, oggetto anche di diritti a contenuto patrimoniale, e in quanto tale assorbito nella logica della disciplina dei diritti di proprietà o in istanze di natura pubblicistica.

Con il passare degli anni, anche in conseguenza dell'opera modellatrice delle sentenze della Corte Costituzionale, questo articolo ha visto il suo contenuto precettivo significativamente alterato. Innanzitutto il limite speciale della “diminuzione del proprio corpo” ha perso importanza in concomitanza con l'affermazione di nozioni più flessibili dei concetti di salute²³⁵ e integrità fisica e delle introduzioni di nuove deroghe nella legislazione speciale in tema di trapianto del lobo del fegato (art. 1, l.n. 483/1999), preceduta da quella sul transessualismo (art. 3, l. n. 164/1982) e dalla prima in materia relativa al trapianto del rene (art. 1, l. n. 458/1967). A ciò va aggiunta una diversa e più specifica connotazione del limite rappresentato dalla contrarietà alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume che si è tradotta nel superamento della logica contrattualistica che era a fondamento della disciplina del codice civile²³⁶. La valorizzazione identitaria del corpo, e quindi del

²³³ Fra gli innumerevoli commenti relativi a questo articolo si veda Carusi, *Atti di disposizione del corpo*, in Enc. Giur., III, Roma, 1998; Caggia, *sub art. 5*, in Alpa – Mariconda, *Codice Civile Commentato*, Milano, 2005, 218 ss; D'Addino Serravalle, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983.

²³⁴ Per i riferimenti storici si veda Gemma, *Integrità fisica*, in *Digesto/pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 450-454, dove fa riferimento al celebre *dictum* mussoliniano che inquadrava la donna come “operai della specie”, per sottolinearne l'indispensabile funzione riproduttiva.

²³⁵ L'Organizzazione Mondiale della Sanità fornisce l'ampia definizione di “benessere fisico, mentale e sociale della persona”; l'art. 3 della Carta dei Diritti UE configura come diritto fondamentale il rispetto dell'integrità fisica e psichica della persona. Per un commento della definizione di salute si veda Zatti, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, NGCC, 2000, II, 1 ss.

²³⁶ Venuti, *Atti di disposizione del corpo e principio di gratuità*, DFP, 2001, 827 ss.

principio di libertà nelle scelte personali, non si è accompagnata ad una deregolamentazione in materia, ma ad una completa riscrittura del sistema dei controlli sull'atto di disposizione del proprio corpo.

5.2 IL PRINCIPIO DI EXTRAPATRIMONIALITÀ DEL CORPO NEL SUO DUPLICE SIGNIFICATO DEL PROFILO DI APPARTENENZA E DI QUELLO DELLA CIRCOLAZIONE.

E' affermazione pacifica l'idea secondo la quale il corpo non possa costituire fonte di lucro, una formula ad un tempo impegnativa e declamatoria : impegnativa perché rinvia a valori e principi forti, espressioni di scelte fondative di una comunità democratica, e declamatoria perché, intensa in senso ampio, la extrapatrimonialità del corpo risulterebbe in contrasto con pratiche sociali consolidate come quella del contratto subordinato di sfruttamento delle immagini del corpo.

Al di là del suo potente contenuto retorico e programmatico, quello che dobbiamo indagare è il suo contenuto applicativo²³⁷.

Due sono i significati possibilmente attribuibili a tale formula : il primo attiene al profilo dell'appartenenza ed il secondo a quello della circolazione.

Il profilo dell'appartenenza è descritto in modo dettagliato e preciso dall'art. 16-1 del codice civile francese, che prevede che "il corpo umano, i suoi elementi e i suoi prodotti non possono costituire oggetto di un diritto patrimoniale." Qui la struttura della extrapatrimonialità si presenta come

²³⁷ Sul contenuto di alto valore simbolico del principio di extrapatrimonialità si veda Messinetti, *Principio di gratuità ed atti di disposizione del proprio corpo*, in Belvedere-Granelli, a cura di, *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001, 1 ss., spec. 5; Galasso, *Biotecnologie ed atti di disposizione del corpo*, Famiglia, 2001, 911-933; Venuti, *Atti di disposizione del corpo e principio di gratuità*, DFP, 2001, 827; Hermitte, *Le corps hors du commerci hors du marchè*, Arch. phil.dir, 1988, 323 ss.

caratteristica difensiva del diritto sul corpo e sulle sue parti, un diritto che si differenzia dagli altri diritti esclusivi perché privo di connotazione patrimoniale²³⁸.

Essa ha significative ricadute in ordine al problema della tutela risarcitoria e restitutoria relativa alle utilizzazioni economiche non autorizzate di materiale biologico umano²³⁹, poiché non avendo esclusiva protetta nei suoi riflessi patrimoniali, il diritto sul corpo e le sue parti assume il carattere di diritto difensivo ed esclude così la possibilità di agire per la restituzione dell'indebito profitto ricavato dall'utilizzazione del corpo lasciando come unica alternativa un'azione risarcitoria subordinata agli ordinari requisiti del dolo e della colpa²⁴⁰.

Tale prospettiva sarebbe coerente con l'abbandono della lettura tradizionale secondo la quale le parti staccate del corpo costituiscono l'oggetto e sono economicamente apprezzabili e aprirebbe alla nuova prospettiva della tesi personalistica alla stregua della quale le prerogative vantate dall'individuo sul corpo umano e sulle sue parti sono espressione di un diritto della personalità.

Per capire meglio il secondo profilo della extrapatrimonialità, quello della circolazione, è necessario prendere in considerazione la nozione di gratuità. Qui l'extrapatrimonialità si esprime nel divieto di corrispettivo²⁴¹ ed opera come regola del sistema di circolazione dei diritti sul corpo, affermando l'estraneità al paradigma mercantilistico e la soggezione alla logica opposta della solidarietà. Il requisito della gratuità chiude qualsiasi spazio al meccanismo dello scambio remunerato ed esclude una allocazione del corpo e delle sue parti fondata esclusivamente sul criterio dell'atto di volontà relativo al pagamento. Oltre a queste funzioni più tipicamente giuridiche, esso svolge anche quella di salvaguardia dei soggetti coinvolti in questi negozi dispositivi, perché l'assenza di incentivi monetari alla donazione di organi rappresenta una garanzia effettiva della spontaneità e libertà delle

²³⁸ In questo senso Galloux, *L'utilisation des matériels biologiques humaine : vers un droit de destination ?*, D., 1999, chr., 13- 16.

²³⁹ Il caso tipico è quello dell'applicazione post-industriale su residui post-operatori e in tema è d'obbligo il rinvio al caso Moore v. The Regents of the University of California, 793 P.2d 479 (Cal. 1990), cert. denied, 111 S. Ct. 1388, (1991) commentato, fra tutti, da Boyle, Shamans, Software and Spleens. *Law and the Construction of the Information Society*, Cambridge, London, 1996, 98 ss.

²⁴⁰ Questa è la linea argomentativa tracciata da Halász, *Das Recht auf bio-materielle Selbstbestimmung. Grenzen und Möglichkeiten der Weiterverwendung von Körpersubstanzen*, Berlin, 2004, 89 ss.

²⁴¹ Tale divieto è esemplarmente sancito dall'art. 16-5 del *code civil*, dove è prevista la nullità delle "convenzioni che hanno per effetto di attribuire un valore patrimoniale al corpo umano, ai suoi elementi e prodotti".

determinazioni di volontà, assicurando che l'effetto reddito e quello di necessità dello stesso non incidano in scelte potenzialmente rilevanti per la sfera personale, in attuazione dei principi di dignità ed uguaglianza²⁴².

5.3 IL DIVIETO DI COMMERCIALIZZAZIONE DI PARTI DEL CORPO : AMBITO DI APPLICAZIONE.

E' pacifico che il divieto degli scambi onerosi è preordinato a tutela di un interesse generale e comporta la nullità di tutte le pattuizioni che contrastano con questo principio. Quello che è molto più difficile capire è il suo ambito di applicazione. Le norme interdittive di riferimento sono costituite da un coordinato di disposizioni prese dalla legislazione di settore affiancato a principi sopranazionali come l'art. 21 della Convenzione sulla Biomedicina e l'art. 3 della Carta dei Diritti d'Europa che rende non facile una chiara comprensione dell'ambito di applicazione del divieto di commercializzazione. Questo non è tanto dovuto alla supposta complessità data dall'interazione di fonti dal rango il più variegato – fonti municipali accanto a quelle sopranazionali- che rende incerto, sul piano del diritto interno, la diretta sanzionabilità dei vincoli imposti all'autonomia privata, ma all'innegabile genericità di ogni disposizione che vieta la circolazione di organi a fini di lucro.

Per rendere la materia che trattiamo più chiara sono necessarie due precisazioni : la prima è che il principio è circoscritto alle ipotesi applicative nell'ambito di medicina e biologia, escludendo così

²⁴² Sul punto si vedano le riflessioni di Gambero, *La proprietà. Beni, proprietà, comunione*, in Trattato di diritto privato, a cura di Iudica- Zatti, Milano, 1990, 41; Zatti, *Dal consenso alla regola : il giurista in bioetica*, RCDP, 1994, 523 ss, 535-537.

numerose fattispecie di disposizione del corpo a titolo oneroso fra cui la prostituzione²⁴³, la prestazione di lavoro subordinato in ambito sportivo²⁴⁴, sino allo sfruttamento commerciale dell'immagine del corpo²⁴⁵; la seconda è che il divieto di commercializzazioni è riferito al corpo e alle sue parti in quanto tali²⁴⁶, ovvero che la proibizione attiene unicamente alla relazione fra cedente e primo beneficiario non riguardando tutti i successivi rapporti giuridici che interessino il corpo, rendendolo oggetto di trasformazione, manipolazione e scambio.

Queste precisazioni non risolvano il problema di una chiara e definita applicabilità del principio²⁴⁷, ma consentono di tracciare un quadro più definito con il corollario della casistica. Rientrano nella disciplina la destinazione di organi a fini di trapianto (Art. 6, l. n. 458/1967; art. 1, l. 483/1999); il prelievo di tessuti e cellule, ivi comprese le cellule staminali, a scopo di innesto e trasfusione (Artt. 2,4 e 22, l , n. 219/2005); la cessione di gameti in funzione procreativa (Arg. ex art., 12, 6° co., l. n. 40/2004); la conduzione di una gravidanza per conto terzi (Art. 12, 6° co., l. n. 40/2004). Per quanto riguarda l'uso scientifico, il d.lg. 211/2003 ha chiaramente escluso la liceità dei negozi a titolo oneroso volti ad assicurare la partecipazione di volontari sani a programmi di sperimentazione clinica dei medicinali (Art. 1, 5° co., e art. 5, 1° co., lett. d, d.lg. n. 211/2003) e è noto il divieto di pratiche di clonazione e produzione umana a scopo di ricerca (art. 13, l. n 40/2004)²⁴⁸. I margini di patrimonializzazione lecita sarebbero quindi ristretti ad ipotesi di disposizioni di parti del corpo a scopo commerciale o industriale²⁴⁹ che includerebbero la cessione dietro corrispettivo di prodotti di

²⁴³ E' interessante notare il processo di relativa liberalizzazione del fenomeno prostituzione, testimoniato da sentenze delle corti (C.G.C.E. 20-11-2001, causa C-269/99) e da posizioni assunte dalla dottrina sul tema come quella di Lucani, *Il lavoro autonomo della prostituta*, Quad. cost., 2002, 398.

²⁴⁴ Sul punto si veda Rizzo, *A' propos de la r ification de la personne du sportif professionnel salari *, Pet. aff., n. 121, 2005, 4 ss.

²⁴⁵ A proposito si veda Mazzoni, *Il corpo e le sue immagini*, RCDP, 2005, 449 ss., 452-454.

²⁴⁶ Questo   quanto si trova citato nell'art. 4 della Dichiarazione Universale dell'Unesco sul menoma umano e i diritti dell'uomo, del 1997, dove si afferma che "poich  il genoma umano   per sua natura naturale non pu  dare luogo a guadagni di natura pecuniaria."

²⁴⁷ Dubbi permangono al proposito nella dottrina e fra tutti si veda Tallachini, *Bodyright. Corpo biotecnologie e diritto*, *Bibl. Lib.*, 1988, 21-40; EAD., *Biotecnologie e diritto. Metafore e analogie nel diritto del "come se"*, in Montanari, a cura di Biotecnologie. Profili scientifici e giuridico-sociali, Milano, 2000, 105 ss. ; EAD., *Habeas Corpus ? Il corpo umnao fra non commerciabilit  e brevettabilit *, *Bioetica*, 1998, 531 ss.

²⁴⁸ Manna, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, Leg. Pen., 2005, 345 ss.

²⁴⁹ Per una comprensione pi  approfondita delle tipologie ammesse si veda Mahoney, *The Market for Human Tissue*, in 86 Va. L. Rev. 163 (2000).

scarto ed elementi riconducibili del corpo, come denti, unghie, capelli, fatte salve dalla Relazione illustrativa alla Convenzione di Oviedo, escluse perché non lesive della dignità umana²⁵⁰.

Ben più complesso è il problema relativo alla disposizione di campioni di materiale biologico, come tessuti, cellule, liquido amniotico, e campioni di DNA, a scopi di ricerca e sfruttamento industriale²⁵¹. Sono tutte ipotesi destinate ad assumere un rilievo pratico e commerciale sempre maggiore anche per effetto della recente proliferazione di tecniche informatiche applicate alla biomedicina e della proliferazione delle c.d. biobanche genetiche²⁵². La possibilità di conservazione temporanea di materiale biologico consente di studiarne le mutazioni a cause di malattie genetiche, valutare le reazioni individuali a terapie mirate e registrare, se i risultati sono positivi, brevetti su farmaci e test genetici derivati da tali ricerche. Tutto ciò ha sensibilmente accresciuto l'utilità e il valore di scambio del materiale biologico "grezzo" che si connota ormai come ricerca strategica nell'ambito delle biotecnologie, e conseguentemente ha aperto un fiorente dibattito sulle modalità di regolamentazione di tali collezioni e sui requisiti che presiedono raccolta, conservazione e successivo "trattamento" dei campioni di DNA²⁵³. Fra i pochi punti fermi del dibattito segnaliamo il principio della necessità del consenso dell'individuo²⁵⁴ per usi ulteriori del materiale genetico oltre quello della raccolta.

²⁵⁰ Se questo è quanto affermato non si può condividere quanto ipotizzato da Grossi, *Dignità umana e libertà nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in Siclari, a cura di, *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Torino, 2003, 41 ss., 50, che osserva che: "la formulazione nella sua genericità sembra estesa sino a comprendere anche il commercio di parti staccate dal corpo nel divieto, che non implicino una menomazione nella sua integrità: sicchè, paradossalmente, non si potrebbe nemmeno, per esempio, vendere una fluente capigliatura per una sua possibile utilizzazione come parrucca".

²⁵¹ Per una completa rassegna del diritto francese si veda a titolo esemplificativo Belliver- Noiville, *La circulation du vivant humain : modale de la propriété ou du contract ?*, in Revet, a cura di, *Code civile et modèles. Des modèles du Code au code comme modèle*, Paris, 2005, 101 ss.

²⁵² In particolare si veda Andrews, *Harnessing the Benefits of Biobanks*, in 33 *Journ. L. Med. & Ethics* 22 (2005); Andrews – Nelkin , *Whose body is it anyway? Dispute over body tissue in a biotechnology age*, in 351 *The Lancet* 53 (1998).

²⁵³ Per quanto riguarda l'ampia letteratura sulle bio-banche si veda Camion-Thomsen, *The Social and Ethical Issues of Post-Genomic Human Bio-banks*, in *Nature*, 2004, vol.5, 866 ss; Thouvenin, *Le banques de tissus et d'organes: les mots pour les dire, les règles pour les organiser*, Pet. Affich., 2005, 31 ss.; Knoppers – Hirtle – Lormeau – Laberge – Laflamme, *Control of DNA Samples and Information*, in 50 *Genomics* 385 (1988).

²⁵⁴ Alcuni autori come Rodotà, *Fra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, RCPD, 2001, 571 ss, hanno introdotto l'idea della necessità del consenso del c.d. gruppo genetico di riferimento, motivando questo allargamento della nozione con l'idea che ogniqualvolta vengano in questione materiali ed informazioni genetiche, avendo queste ultime la caratteristica di essere strutturalmente condivise da più soggetti, è necessario l'abbandono di una visione strettamente individualistica e uno sguardo più largo nei confronti di tutte le relazioni biologiche che

5.4 LA TUTELA DEL SOGGETTO COINVOLTO NELLA DISPOSIZIONE DI PARTI DEL PROPRIO CORPO.

Oltre alla gratuità, che rappresenta uno dei tratti caratteristici della tutela del soggetto coinvolto nella circolazione di parti del proprio corpo e che sostituisce il principio della illiceità della menomazioni irreversibili dell'art. 5 c.c., ci sono altri mezzi di tutela per perseguire la finalità di protezione dei soggetti al centro della suddetta vicenda, che assicurano che la circolazione di tali particolari "beni giuridici" avvenga all'interno di un quadro elevato di trasparenza e garanzie.

L'intero sistema di disposizione di parti del proprio corpo sembra pienamente informato dalla logica della procedimentalizzazione, tipica dell'ambito amministrativo, dove il consenso non è un atto a struttura lineare che si esaurisce con la semplice manifestazione di volontà autorizzativi come avviene nel diritto privato, ma diventa elemento di un processo specificatamente connotato. Questo procedimento è comprensivo del controllo sui requisiti di informazione, libertà e spontaneità del consenso e dell'intervento di soggetti terzi nell'ambito del processo procedimentale in funzione di garanzia degli interessi non soltanto del disponente, ma dell'intera collettività.

Per quanto riguarda l'informazione, è superfluo sottolinearne l'importanza. Essa realizza infatti non soltanto una riallocazione dei costi connessi alla raccolta di materiale biologico, ma anche il potere sociale derivante dalla disponibilità delle informazioni stesse. Tutte le principali normative interne in tema di trapianti, trasfusioni, sperimentazione e procreazione assistita richiedono espressamente il rispetto di tale requisito. La legge sul trapianto del rene prevede infatti all'art. 2, l. n. 458/1967 che il soggetto sia messo a conoscenza, oltre che del beneficiario dell'atto di solidarietà, "dei limiti della terapia del trapianto del rene fra viventi" e deve essere anche consapevole" delle conseguenze personali che il sacrificio comporta. Per le trasfusioni il d.m. 3-3-2005 prescrive che il candidato donatore sia in possesso delle "informazioni specifiche sulla natura delle procedure di donazione e sui rischi collegati" e possa "porre domande in qualsiasi momento della procedura" (art. 2, lett. f e

circondino l'individuo (tesi sposata nella letteratura nordamericana da Greely, *The Control of Genetic Research : Involving the "Groups between"*, in 33 Houston L. Rev. 1397 [1997], 1423 ss.

g). Il d. lg. n. 211/2003, dopo aver introdotto un'articolata definizione della nozione di "consenso informato" all'art 2, lett. 1, subordina l'inizio della sperimentazione alla condizione che il soggetto "abbia avuto la possibilità, in un colloquio preliminare con degli sperimentatori, di comprendere gli obiettivi, i rischi e gli inconvenienti della sperimentazione, le condizioni in cui sarà realizzata, e inoltre sia stato informato del suo diritto di ritirarsi dalla sperimentazione in qualsiasi momento".

L'informazione, pur essendo strumento necessario per assicurare l'effettiva libertà dell'atto di volontà del soggetto, non è però anche elemento sufficiente e necessario da solo ad assolvere una funzione di tutela del soggetto che si impegna a disporre parti del proprio corpo. L'ordinamento circonda infatti l'intera operazione di ulteriori cautele rappresentate dal vincolo della forma scritta o dal rispetto di oneri procedurali di diverso tipo come la compilazione di questionari o l'iscrizione preventiva in appositi registri. I requisiti di forma assumerebbero soprattutto un ruolo di controllo di ponderazione della scelta appena effettuata o da effettuare e sono sempre presenti in processi proceduralizzati come uno dei primi requisiti da assolvere. La forma incide sul regime applicabile più che come requisito di validità ma come elemento di qualificazione e identificazione dell'atto di disposizione del corpo. La sua mancanza non produrrebbe quindi la nullità dell'atto ma la mancanza di identificabilità dello stesso come elemento imprescindibile del procedimento. La mancanza di identificabilità del processo può poi tradursi nell'impossibilità giuridica di proseguire la procedura o più in generale nell'inidoneità del consenso a produrre i suoi effetti tipici, ossia l'eliminazione dell'antigiuridicità del comportamento altrui lesivo della sfera personale, analogamente a quanto avviene in relazione al trattamento dei dati personali.

Però sembra che un'importanza sempre maggiore sia quella assunta dalla tecnica del controllo preventivo da parte dell'autorità giudiziaria o da parte di altri organismi tecnici o di garanzia, secondo il modello pubblico-privato, tipico della c.d. "strategia giuridica integrata"²⁵⁵.

²⁵⁵ Sono un esempio il sistema previsto dalle leggi sul trapianto del rene e del fegato i cui articoli rispettivamente 1e2 prevedono l'intervento del giudice per accertare la presenza di tutte le condizioni richieste dalla legge, ivi comprese libertà e spontaneità della determinazione volitiva. La funzione del giudice è quindi una funzione protettiva degli interessi del disponente e a tal fine dovrà egli valutare l'esistenza di un consenso informato, libero e consapevole, l'esito favorevole del giudizio di idoneità tecnica, la destinazione dell'organo ai soggetti ammessi a ricevere, l'assenza di

Fra gli organismi tecnici di controllo, ruolo preminente assumono i comitati etici nell'ambito dei procedimenti di sperimentazione: tali organi non solo danno parere vincolante sull'opportunità dell'intera procedura, sul protocollo e sull'idoneità degli sperimentatori, ma sono anche tenuti a verificare "l'adeguatezza e la completezza delle informazioni scritte da comunicare al soggetto e la procedura da seguire per sottoporre allo stesso il consenso informato" (art.6, d.lg., n. 211/2003).

contropartite pecuniarie o di altra natura. Una volta che lo schema autorizzativo all'interno della prospettiva della strategia giuridica integrata è stata individuata, la dicotomia fra connotazione privatistica e pubblicistica del controllo viene meno per trasformarsi in un processo a natura pubblicistica che regola gli interessi privati.

Capitolo 6

IL CONTRATTO COME STRUMENTO DI PROTEZIONE DELLA DIGNITA' PERSONALE.

In questo capitolo conclusivo, l'intento è vedere se e come il contratto riesca a soddisfare la funzione di tutelare e in alcuni casi promuovere la dignità della persona. Per meglio raggiungere tale scopo l'attenzione verrà focalizzata su alcuni tipi contrattuali previsti dalla legge, e in modo particolare, i contratti volti a regolamentare lo sfruttamento degli attributi immateriali della personalità, ambito nel quale il problema della dignità può venire maggiormente in rilievo.

La regola aurea in materia è quella stabilita dall'art. 1322, 2°co., c.c, secondo la quale i contratti cosiddetti "atipici", perché non direttamente tipizzati dal legislatore o dal codice, devono essere diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela. Il fatto che molte di queste pratiche negoziali tocchino settori come quello dello sport e dello spettacolo, che sono settori che garantiscono una intensa circolazione dei modelli giuridici ad essi correlati, ha indubbiamente favorito la loro quasi tipizzazione.

Qui sotto verranno elencate le tipologie di maggiore interesse.

6.1 LE TIPOLOGIE E I RELATIVI PROBLEMI DI DISCIPLINA

- 1) La prima tipologia di contratti che verrà trattata ha ad oggetto tutte quelle negoziazioni la cui funzione primaria è la programmazione economica dello sfruttamento della personalità (varie formulazioni di contratti di lavoro), come distinti da tutte le altre contrattazioni che attribuiscono a questo scopo carattere accessorio o secondario - nei contratti di scrittura artistica o di lavoro sportivo (l.n. 91/1981), ad esempio, la regolamentazione delle modalità di utilizzo del nome , dell'immagine o della voce del soggetto, mantiene un ruolo subordinato rispetto alle condizioni della prestazione lavorativa -.
- 2) La seconda tipologia includerà negozi dispositivi preordinati all'attribuzione di specifiche utilità nei confronti della controparte (contratti della pubblicità) come distinti da quelli diretti a soddisfare un interesse dello stesso disponente. Questa distinzione trova una particolare utilità nel settore dei diritti della personalità morale, contribuendo a rendere più chiara la problematica dell'esercizio della rappresentanza diretta e indiretta nell'esercizio dei diritti della personalità.

- 3) La terza e conclusiva categoria , con riferimento alla prestazione oggetto di contratto, ricomprende contratti che determinano l'insorgere di obbligazioni negative in capo al titolare del diritto alla personalità (contratti di *merchandising* o licenze di sfruttamento del nome o dell'immagine).

Tutte le tipologie sopra elencate sono al centro di una controversa disputa in dottrina e giurisprudenza per quanto concerne la disciplina applicabile.

Fra i molti orientamenti dottrinali in materia, due sono i prevalenti: opposti nei risultati e simmetrici nelle premesse.

L'orientamento più tradizionale, e non più prevalente perché ormai sorpassato dall'incessante spinta evolutiva del diritto vivente, era quello che si fondava sul postulato dell'indisponibilità e inquadrava i crescenti fenomeni di patrimonializzazione dei beni immateriali della persona come fatti giuridici prevalentemente delittuali.

A questa posizione si contrapponeva una dottrina meno "conservatrice" riconoscente al dato della patrimonializzazione valenza formale e assumente una posizione non più meramente difensiva dei diritti della personalità. Questo consentiva la biforcazione delle situazioni giuridiche soggettive ad oggetto in due differenti posizioni di interesse di cui una si sostanzava in un diritto primario della personalità a contenuto interdittivo, e l'altra in un diritto patrimoniale di sfruttamento avente ad oggetto il valore economico della identità della persona, una sorta di diritto derivato della personalità avente come modello i diritti di privativa. Il necessario corollario di questa impostazione dottrinale è la concessione della possibilità di disporre delle suddette posizioni giuridiche con limitazione ai profili inerentemente patrimonialisti²⁵⁶ .

Nonostante entrambe le posizioni possano avere una certa consistenza concettuale, nessuna delle due riesce ad offrire un valido e accettabile schema ermeneutico per la comprensione della realtà normativa attuale o per la definizione di linee di regolamentazione del fenomeno della conservazione o promozione della dignità della persona attraverso lo strumento contrattuale, il che è dovuto allo sbilanciamento di trattazione degli interessi in gioco, troppo paternalistico nei confronti del disponente del diritto nel primo caso e pressochè rinunciatario nel secondo caso.

Nel caso in cui il punto di partenza della riflessione sui diritti della personalità si caratterizzi nella definizione degli stessi come indisponibili e extrapatrimoniali – come la dottrina tradizionalista assumeva - il punto di approdo non potrà che essere la revocabilità *ad nutum* del consenso eventualmente prestato, fatta salvo il rimedio risarcitorio a tutela dell'altrui affidamento. Questa

²⁵⁶ Fra gli altri si veda, C. Scognamiglio, *Il diritto all'utilizzazione economica del nome e dell'immagine delle persone celebri*, cit., 20 ss e Pinkaers, *From Privacy Toward a New Intellectual Property Right in Persona. The Right of Publicity (United States) and Portrait Law (Netherlands) Balanced with Freedom of Speech and Free Trade Principles*, The Hague-London-Boston, 1996, 234-425.

posizione sconta il difetto di rendere non vincolabili gli accordi volti allo sfruttamento economico degli attributi della persona, il che non soltanto contrasta con l'accesso pluralismo delle società attuali e il progresso scientifico e tecnologico che hanno ormai messo in discussione la ferrea convinzione della credenza secondo la quale parti del corpo della persona, l'identità di un gruppo sociale o addirittura la cultura di un popolo siano oggetto di contrattazione, ma anche risulta in un serio pregiudizio della sfera del disponente, potenzialmente lesivo della sua dignità, intesa come realizzazione della personalità ex Art. 3 Cost. La mancata effettiva possibilità di rinuncia alla facoltà di revoca da parte del proponente indebolisce la forza della promessa contrattuale perché rende impossibile la segnalazione alla controparte della serietà della promessa medesima²⁵⁷ e danneggia la cooperazione oltre che un efficiente ripartizione del lavoro nella commercializzazione dei diritti degli attributi della persona.

Nel caso, invece, in cui le componenti non patrimoniali dei diritti della personalità siano considerate estranee al negozio e la circolazione degli stessi sia limitata ai soli alienabili e intrasmissibili diritti di sfruttamento si dà valore all'idea che i beni ad oggetto dell'intesa contrattuale abbiano rilievo solo economico, il che non comporta particolari deroghe al sistema ordinario di circolazione dei beni e alla trasmissione dei diritti patrimoniali. La fallacia di questa impostazione meno tradizionalista coincide con la negazione del dato fenomenologico di immediata evidenza che attribuisce al nome, all'immagine ed ad altri attributi incorporali della persona la caratteristica peculiare di avere, benché suscettibili di utilità economica, un legame stretto con la sfera dell'identità della persona, in quanto essi stessi rappresentanti per analogia del soggetto. Da questa osservazione consegue che ogni atto di disposizione degli attributi personali incide sulla dimensione esistenziale individuale, all'interno della quale rientra a pieno diritto la questione della tutela della dignità. E' proprio questo inquadramento dei diritti della persona che li rende un *per se* rispetto ai diritti patrimoniali, non identificabili con questi, e soprattutto necessitanti un *quid pluris* protettivo quando si viene a trattare dell'atto della loro disposizione, il tutto a tutela di interessi fondamentali dell'individuo che azzarderei a riassumere nella terminologia più ampia di dignità dello stesso.

La soluzione proposta è una terza via fra l'utopistica estraneità della persona ai rapporti di scambio e la lettura pan-contrattualistica che ignora la complessità sottostante la definizione dell'identità personale oltre che a fare troppo affidamento sulla dubbia consistenza concettuale di qualsiasi distinzione netta fra sfera patrimoniale e non patrimoniale²⁵⁸. Tale soluzione mediana si fa carico di prendere atto che esiste un rapporto di contiguità fra persona, mercato e rapporti di scambio e

²⁵⁷ Questo è quanto viene affermato in materia da Gambero, *Sintesi in conclusiva in tema di causa e contratto*, in Vacca, a cura di, *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 1991, 551-558, a cui si aggiunge G. Marini, *Promessa e affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995, 123 ss.

²⁵⁸ Sul punto si veda Rigaux, *La distinction entre les droits subjectifs patrimoniaux et les biens not patrimoniaux*, in ID., a cura di, *La Vie Prive, Rev. int .dr.comp.*, 1991, 539-561.

partendo da questo postulato intende elaborare una specifica strategia di conformazione del contratto a questa nuova esigenza la cui finalità è coniugare il rispetto della logica negoziale con la natura personale delle prestazioni coinvolte²⁵⁹. A rendere meno arduo la messa in atto di quanto proposto è la constatazione che il diritto positivo non è silente a tal proposito, ma bensì offre chiare indicazioni nella direzione che si vuole perseguire. Ho già precedentemente passato in rassegna il ruolo importante svolto dalla Costituzione Italiana in materia segnalando alcune delle norme cardine per lo svisceramento della problematica del rapporto mercato-persona-dignità, ma a queste vorrei aggiungere il dispositivo dell'art. 41, 2° co., Cost, che subordina l'esercizio dell'attività economica al rispetto della dignità umana. L'articolo sull'iniziativa economica privata è il normale corollario dell'art. 2 Cost. che impone allo Stato oltre al più scontato dovere negativo di rispettare i diritti fondamentali nelle relazioni fra privati quello più desueto di far rispettare gli stessi nelle relazioni interpersonali. Oltre al testo fondamentale della Repubblica Italiana, il codice civile e la normativa speciale si presentano con numerose altre disposizioni che evidenziano il nuovo intento del legislatore di garantire la sfera personale dell'individuo, spesso derogando al sistema ordinario della circolazione dei diritti patrimoniali e definendo regole minime di protezione applicabili a tutti i contratti con cui si dispone della personalità.

Tre profili specifici della tutela della persona attraverso il contratto vengono in rilievo sul piano applicativo oggetto, interpretazione, recesso.

6.2 OGGETTO DEL CONTRATTO E TUTELA DELLA PERSONA.

Il criterio della specificità del consenso viene normalmente applicato come aspetto fondamentale nella disciplina delle norme concernenti ipotesi di uso di attributi della personalità : tra gli esempi più chiari la disciplina del trattamento dei dati personali, e quella in tema di diritto morale d'autore e consenso alla divulgazione del ritratto²⁶⁰. L'efficacia di un negozio avente ad oggetto diritti della personalità sembra quindi essere subordinata al rispetto di determinati requisiti di natura contenutistica, fra cui la necessità del consenso. L'espressione di quest'ultimo è direttamente legata alla manifestazione di volontà che deve essere puntuale e non espressa genericamente o in maniera onnicomprensiva quando è la sfera della persona ad essere in questione. L'obiettivo di questa regola è assicurare la previsione di una pressoché esatta estensione e effettiva portata di un atto di

²⁵⁹ In tema significativo è il contributo di V. Scalisi, *Contratto e regolamento d'azione nel piano di azione della nullità di protezione*, RDC, 2005, I, 459-480.

²⁶⁰ Art. 23, d.lg. n. 196/2003 in tema di trattamento di dati personali prevede che il consenso "è validamente prestato solo se è espresso liberamente e specificatamente in riferimento ad un trattamento chiaramente identificato", mentre nel precedente art. 11, l. n. 675/1996 si parlava solo di consenso espresso "in forma specifica"; l'art. 22 della l. n. 633/1941 in tema di diritto morale d'autore, riconosce efficacia sanante al consenso prestato dall'autore alle modificazioni della propria opera a condizione che ciascuna di queste modifiche sia preventivamente conosciuta e accettata; non una norma di diritto positivo ma la prevalente giurisprudenza ha da tempo consolidato la regola della specificità del consenso alla divulgazione del ritratto.

disposizione che investe la propria persona, che è l'unica modalità di intervento attraverso la quale la volontà prestata possa dirsi consapevole dopo attenta ponderazione.

La *ratio* sottesa al criterio di specificità consente un ampliamento della sua rilevanza permettendogli di andare ben oltre il più sicuro terreno delle ipotesi di consenso unilaterale per approdare nel campo delle fattispecie contrattuali, dove, stante l'ipotesi di rifiuto della possibilità di revoca, le conseguenze dell'atto di disposizione del proprio corpo sulla sfera personale assumono una maggiore criticità. Il cambiamento di piano dal consenso unilaterale alla fattispecie contrattuale impone al sindacato circa la sussistenza dell'esistenza del criterio di specificità di confluire all'interno della fattispecie normativa in materia dei requisiti di determinatezza o determinabilità dell'oggetto dell'art. 1346 c.c. Se per oggetto su cui influiscono gli effetti del negozio si intende la prestazione contrattuale piuttosto che il bene materiale, si può pacificamente affermare che qualsiasi contratto relativo ai diritti della persona deve permettere un sufficientemente preciso atto di discernimento delle modalità di interferenza con la sfera della personalità, ampliando così il novero degli elementi conoscibili dagli attributi coinvolti della persona, come nome o immagine, al contesto e le condizioni stesse di utilizzazione, favorendo una valutazione soggettiva preventiva delle esatte implicazioni del proprio atto di disposizione e quindi una decisione consapevole. Il contesto deve essere di volta in volta verificato alla luce della qualità delle persone interessate e della reale entità dei rischi alla violazione della dignità umana²⁶¹, e a ciò vanno aggiunte altre premesse provenienti dalla prassi applicativa e da regole dettate in materia di certe tipologie di contratti tipici che sono utili ad orientare il giudizio concreto e implicano direttamente profili della personalità.

La giurisprudenza ha al proposito chiarito che per assicurare la persistenza in capo alla persona interessata alla disposizione di propri attributi immateriali, come ad esempio l'immagine, di un sufficiente potere di controllo delle modalità di definizione della propria identità, all'avente causa non possa essere concessa ogni possibile facoltà d'utilizzo di suddetto attributo. Per rendere più chiaro quanto affermato, l'intento della giurisprudenza è quello di garantire al soggetto interessato un controllo successivo che nella prassi contrattuale si sostanzia in clausole che riservano alla persona fotografata il diritto di visionare le foto scattate, o una qualsiasi intervista o registrazione prima che le stesse siano oggetto di divulgazione, e sempre con la possibilità di esprimere, nel rispetto delle regole di correttezza, dissenso o addirittura subordinarne la divulgazione medesima al

²⁶¹ A tale scopo è utile soffermarsi sul dibattito che si è sviluppato in conseguenza del recente successo ottenuto da forme di intrattenimento televisivo nuovo, riproducenti la realtà quotidiana, e ormai famose con l'appellativo di *reality show*. Una delle più note forme di questo intrattenimento televisivo, "Grande Fratello", è stato al centro di un dibattito nella comunità giuridica francese dove la dottrina ha affermato che i contratti stipulati dai partecipanti alla trasmissione con la società di produzione del *reality* erano nulli perché viziati sul piano dell'oggetto sotto il doppio profilo della possibilità giuridica e della indeterminatezza; De Tissot, *Sur la question du droit à l'image, le contract est nul*, in www.lemonde.fr.

consenso del disponente. Questo rappresenta un classico esempio di valido accordo rispettoso dei requisiti di determinatezza e determinabilità dell'oggetto.²⁶²

Per quanto riguarda la legislazione speciale, nella disciplina del contratto d'edizione si favorisce una cauta valutazione di tutti i contratti aventi ad oggetto attributi della personalità non ancora venuti ad esistenza o prestazioni future. Riprendendo quanto già in precedenza l'art 120, n. 1, l. n. 633/1941 statuiva, un negozio è quindi valido se non prevede una concessione illimitata nel tempo della facoltà di utilizzazione in via esclusiva e generale di attributi della personalità individuale. Qualcuno potrebbe obiettare che a tale conclusione si arriva anche in ambito più spiccatamente patrimoniale in tema di ipotesi di cessione di diritti di sfruttamento di modalità tecniche e settori di mercato ignoti al momento della conclusione del contratto, come previsto dall'art. 119, 3° co., l. n. 633/1941, il che invaliderebbe la tesi di un *quid pluris* cautelare quando la persona e i suoi attributi sono al centro della negoziazione contrattuale. In realtà, nell'ipotesi sopra menzionata è opportuno rilevare che si può raggiungere la stessa conclusione evitando di ricorrere alla formula protettiva della necessità consensuale e rifacendosi alle tecniche di interpretazione contrattuale.

In conclusione, dichiarare un controllo nullo per vizio dell'oggetto con il sottostante scopo di proteggere la dignità della persona rappresenta comunque la celeberrima *extrema ratio*, alla cui applicazione si deve ricorrere solo nei casi di patente conflitto con le esigenze di tutela della persona. In via più generale, lo strumento al quale si può ricorrere per ottenere lo stesso scopo di garanzia protettiva è un utilizzo accorto delle tecniche ermeneutiche del quale il diritto privato dei contratti dispone.

6.3 L'INTERPRETAZIONE DEL CONTRATTO E LA TUTELA DELLA DIGNITA' DELLA PERSONA.

E' inutile sottolineare la multiforme varietà della casistica in tema di interpretazione dei negozi sugli attributi della personalità, per i quali valgono sempre le regole ordinarie di interpretazione del contratto fissate agli artt. 1362-1371 del codice civile²⁶³. Se il problema della determinazione del contenuto del regolamento pattizio unito alle ipotesi di controversia sulle modalità di

²⁶² In dottrina sul punto si vedano TESTA, *Pubblicità, diritto d'autore, diritto all'immagine: una ricerca sul materiale contrattuale*, AIDA, 1994, 95 ss; FUSI, *I contratti della pubblicità*, Torino, 1999, 136; e per quanto concerne la giurisprudenza, molto interessanti sono alcune pronunce francesi fra le quali, più recentemente, Cass., 10-7-2002, JCP, 2002, II, 10000, con nota di CARON, *Inabilità du droit moral de l'artiste-interprète*, dove si afferma l'invalidità di un negozio attribuito alla controparte il diritto di apportare unilateralmente modifiche, interpretazioni e adattamenti delle attività di intrattenimento di un artista-interprete sul quale gravava inoltre l'obbligatorietà della preventiva e generale adesione a quanto definito dalla società di produzione.

²⁶³ In giurisprudenza, fra i casi più celebri, si segnalano Cass., 9-4-1987, n.3480, GI, 1988, I, 1, 1609, con ad oggetto l'interpretazione di un contratto di scrittura artistica nel quale venivano disciplinate le modalità di sfruttamento pubblicitario del nome e dell'immagine del cantante Adriano Celentano; Trib. Roma, 29-3-1993, DII, 1996, 233 con al centro una controversia interpretativa su di un contratto di intervista. In queste pronunce sono stati applicate prevalentemente le regole ordinarie codicistiche in materia di interpretazione del contratto per la risoluzione delle controversie giudiziarie.

perfezionamento del contratto costituiscono i casi più frequenti di ricorso alla disciplina ermeneutica in tema di contratti, pel raggiungimento del nostro scopo assumono maggior rilievo quei casi in cui l'intervento del giudice è richiesto come chiarificazione di formulazioni generiche o ambigue o come declamatorio circa l'accertamento della concreta estensione dell'atto dispositivo. E' in tutti questi casi dove, infatti, l'incidenza sulla dignità della persona della disposizione dei beni coinvolti nella pattuizione è più evidente.

L'impostazione prevalente della giurisprudenza in tema di interpretazione di contratti che consentono la circolazione del nome e del ritratto è, ad esempio, di limitare in senso oggettivo e soggettivo la facoltà di sfruttamento degli attributi individuali e di subordinarla al criterio dell'uso prevedibile. Le implicazioni di tale *dictum* si sostanziano nella esclusione di una interpretazione puramente letterale del contratto - e questo al di là della presenza di clausole di contenuto ampio e omnicomprendente - e consentono che ad essere trasferite siano le sole facoltà strumentali a perseguire lo scopo a cui lo stesso contratto era orientato²⁶⁴.

Questa impostazione ottiene il risultato di lasciare intatte tutte le facoltà di disposizione del dante causa non espressamente conferite, nel rispetto delle norme in materia di interpretazione del contratto e con l'estensione del potere di controllo sulla circolazione commerciale della propria identità. Questa regola della c.d. "interpretazione restrittiva" dei negozi relativi a diritti della personalità è perfetto complemento del criterio di determinatezza dell'oggetto contrattuale del paragrafo di cui sopra, in quanto al difetto non strutturale relativo alla mancanza dei requisiti di specificità e determinatezza non consegue necessariamente la nullità del contratto, che viene così ad essere sanato dall'operazione di riduzione teleologica dei suoi effetti. All'obbligo della redazione di un contenuto puntuale delle prestazioni contrattuali incidenti sulla personalità si sostituisce, in molti casi, quindi, l'onere meno gravoso di precisazione a carico del contraente che intende avvalersi di un regolamento contrattuale a contenuto più esteso²⁶⁵.

²⁶⁴ Fra i casi discussi Trib. Roma, 31-10-1992, DII, 1993, 390 ha sostenuto che l'autorizzazione dell'immagine a scopo informativo non legittima l'utilizzazione a fini pubblicitari; Trib. Roma, ord. 16-7-1999, *Gius*, 2000, 66 ha sanzionato una compagnia pubblicitaria che aveva usato un servizio fotografico realizzato a scopo pubblicitario per una ditta produttrice di costumi di bagno come immagine in una rivista a carattere erotico; App. Roma, 22-6-1957, DA, 1958, 420 ha ritenuto che il consenso prestato da un attore all'utilizzo della sua immagine allo scopo di promuovere un film di cui è interprete non si estende all'uso della stessa per la pubblicità di altri prodotti commerciali; e Pret. Eboli, ord. 4-11-1991, DG, 1993, 618 ha stabilito che il consenso prestato senza vincoli temporali non autorizza alla diffusione dell'immagine a distanza di diversi anni.

²⁶⁵ Questa formula è nota nella dottrina contrattualistica europea come *Spezifizierungspflicht*, termine coniato da REIMER in *Schranken der Rechtsübertragung im Urheberrecht*, GRUG, 1962, 619-621 e si contrappone alla formula usata dalla dottrina francese per disciplinare i contratti di utilizzazione delle opere di ingegno. Nel modello francese la specificità e determinatezza della cessione sono requisiti di validità del negozio, una disciplina protettiva che rischia di irrigidire oltre misura le contrattazioni e si rivela fortemente invasiva dell'autonomia privata. Nel sistema tedesco, invece, poiché è impossibile aprioristicamente cedere un intero diritto, in ottemperanza ai postulati monistici ivi prevalenti, la puntuale indicazione delle facoltà concesse alla controparte non è requisito di validità, ma opera sul piano dell'interpretazione come onere e non obbligo di specificità. Questa posizione dottrinale lascia sicuramente più spazio

6.4 IL RECESSO COME FORMA DI TUTELA DELLA DIGNITA' PERSONALE.

Per quanto riguarda la vincolatività dei contratti di disposizione degli attributi della persona, qualora un individuo decida in piena libertà e consapevolmente di consentire alla circolazione dei propri attributi personali sul mercato esso si sottopone contemporaneamente ai conseguenti rischi che derivano dalla sua esposizione e non può poi invocare per illogica incongruenza la prerogativa della tutela della umana personalità per sciogliersi unilateralmente dal vincolo. Questo è quanto andava affermando la tesi tradizionale della revocabilità del consenso salvo indennizzo che è stata rifiutata perché contrastante con il disposto dell'art. 1372 c.c.

La negazione di questa posizione teorica non aiuta molto, però, nella problematica relativa alla incompatibilità di una identità personale dinamica, identificata come flusso all'interno di determinati spazi temporali e contestuali, con la staticità del regolamento patrizio che tenda a fissare una volta per tutte una immagine del sé che prescinde dalle vicende contestuali della personalità del contraente. La distinzione è qui, per l'interprete, fra l'esigenza di garantire il libero sviluppo della personalità dell'individuo, talvolta anche contro un vincolo contrattuale non forzatamente ma liberamente assunto, e la conservazione della affidabilità delle dichiarazioni negoziali che si concretizza nella più generale esigenza di preservare la certezza delle relazioni di scambio che a sua volta richiama il principio *pacta sunt servanda*.

La migliore soluzione per contemperare due interessi confliggenti di uguale portata qualitativa non è certamente una chiusura totale verso forme di deroghe al principio consolidata ma l'adozione di soluzioni bilanciate che consentano la contestuale valorizzazione di entrambi le posizioni in conflitto.

Se, ad esempio, un rapporto contrattuale è a tempo indeterminato è applicabile il principio della recedibilità per contratti ad esecuzione continuata senza termine finale²⁶⁶, il che impone al recedente il solo obbligo di preavviso ed è riferito espressamente a certe tipologie contrattuali (artt. 1596, 1616, 1750 c.c.), nonostante in dottrina e giurisprudenza sia ormai pacifica la sua applicazione generale, compresa la materia dei diritti della personalità. La questione diventa più complessa nel caso di contratto con limite temporale di durata più o meno lunga dove la soluzione economicamente più favorevole va nella direzione di una inversione delle posizioni iniziali di partenza, ovvero nella attribuzione al titolare del diritto della personalità di un diritto di recesso con

all'autonomia contrattuale di quanto non faccia quella francese ma gli può essere imputata una insufficiente tutela degli interessi degli autori, soprattutto di fronte a condizioni oggettive di disparità di potere contrattuale.

²⁶⁶ GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, 13ss.; GABRIELLI – PADOVINI, *Recesso (dir. priv)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 27-29.

presupposti vincolati e corresponsione di un indennizzo²⁶⁷. Il rispetto dell'autonomia negoziale imporrebbe la richiesta della vincolatività del contratto con la possibilità di acquistare posizioni di maggiore rendita contrattuale nell'ambito di una libera contrattazione. Tuttavia è stato dimostrato che in tali contesti sussiste un rischio elevato di fallimento del mercato poiché la controparte ha forti incentivi ad assumere atteggiamenti opportunistici e a celare le proprie valutazioni con la conseguenza dell'imposizione di un prezzo onerosamente eccessivo rispetto all'oggettivo valore delle prerogative alle quali si è rinunciato, che aumenta notevolmente i costi di transazione e impedisce il buon fine delle negoziazioni²⁶⁸.

Necessarie precisazioni devono essere aggiunte alla soluzione sopra menzionata ed esse includono : il carattere eccezionale del rimedio inteso come strumento sussidiario di salvaguardia solo nelle ipotesi incontestabili di violazione della dignità personale a cui segue la conseguente verifica puntuale dell'organo giudiziario circa la reale sussistenza dei presupposti previsti dalla legge per l'applicazione del recesso. E' infatti pacifico che il giudice potrà concedere il recesso solo quando, dopo aver valutato le motivazioni addotte dal disponente e effettuati gli idonei riscontri probatori, riconosca tali motivazioni effettivamente sovraordinate all'interesse della controparte alla prosecuzione del rapporto, sempre alla luce di tutte le circostanze del caso e conformemente alla scala dei valori costituzionali²⁶⁹. E' ovvio, inoltre, che l'ammissibilità del rimedio vada esclusa ogniqualvolta esso sia esercitato in maniera opportunistica, ovvero per approfittare di migliori occasioni di negoziato con i terzi²⁷⁰.

²⁶⁷ RUSHTON, *The Law and Economics of Artists' Inalienable Rights*, Discussion Paper 95, *University of Regina Department of Economics*, 2001, spec. 14-19 sottolinea la necessità di subordinare il diritto di recesso alle gravi ragioni morali, sempre che venga assicurato che tale diritto verrà invocato solo quando i potenziali benefici del recesso sono alti, il potenziale defraudamento alto e la possibilità che la transazione volontaria fallisca alta.

²⁶⁸ L'art. 2582 c.c.; e l'art 142, l. n. 633/1941 in materia di diritti di sfruttamento dell'opera acquisita da terzi sostengono che la presenza di "gravi ragioni morali", ivi compreso il semplice mutamento delle convinzioni artistiche e personali, attribuisce all'autore il diritto di ritirare l'opera dal commercio previa corresponsione di un indennizzo agli aventi causa. Il diritto in questione è personale e intrasmissibile, il che costituisce una deroga significativa rispetto alle ragioni dello scambio ex art. 1372 c.c, la cui ratio è proteggere gli interessi ideali dell'autore da un lato e ristabilire l'efficienza dello scambio, dall'altro.

²⁶⁹ Sul tema si veda, ancora di grande attualità, Bigliuzzi Geri, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, 182 e Id., *Mora del creditore*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, 2, dove si afferma che la valutazione ha da essere compiuta in concreto ed evitando ogni automatismo e si contraddice così quella tesi opposta che vuole che in ogni ipotesi di lesione dell'onore e della reputazione della personalità il consenso del disponente debba sempre ritenersi "revocabile". E' del resto evidente che se la lesione è sopravvenuta allora si dovrà verificare in concreto se tale lesione ha una portata tale da giustificare il sacrificio dell'interesse della controparte alla continuazione del rapporto, mentre se è originaria si tratterà soltanto di capire se il contratto è valido oppure nullo per illiceità della causa.

²⁷⁰ In giurisprudenza, al riguardo, si segnala Pret. Montebelluna, 11-8-1984, FP, 1989, 272, ed il caso giudiziario avente ad oggetto un atleta che aveva revocato il consenso all'utilizzazione del nome e dell'immagine di un previo contratto di sponsorizzazione con l'intento di concludere un più proficuo contratto con un'impresa concorrente.

Capitolo 7

DIGNITA' DELLA PERSONA : NUOVO ARGINE ALLA LIBERTA' CONTRATTUALE.

Le regole che sono state spiegate nelle pagine precedenti delineano un programma di protezione degli interessi della persona tipico della logica mercantile sottesa al diritto dei contratti : una forma di tutela ispirata ad un “paternalismo debole”²⁷¹, per il quale ciascuna delle tecniche discusse è finalizzata ad incentivare una decisione consapevole e responsabile del soggetto, riducendo le asimmetrie informative e coadiuvando i processi di adeguamento dell’identità presente all’identità futura. Tutto l’apparato di regole dispositive che ne consegue ha quindi come precipuo obiettivo l’attuazione pratica del valore di autodeterminazione personale, rimuovendone gli ostacoli principali alla sua esplicazione. Le soluzioni ivi prospettate hanno quindi carattere eminentemente procedurale e sono in grado solo parzialmente di fornire una tutela piena ed effettiva ai valori fondamentali dell’individuo. Si pensi, ad esempio, a tutti quei casi in cui le condizioni di disparità di potere negoziale tra le parti sono tali da impedire la stessa formazione di una volontà libera e consapevole, ovvero il tipico problema di controllo dell’equità e della giustizia dello scambio; o alle volte in cui l’atto di autonomia, pur correttamente formato, si pone oggettivamente in contrasto con gli interessi primari del sistema e non può, in quanto tale, meritare un pieno riconoscimento giuridico, che è il caso che pone in rilievo la difficile e controversa questione della protezione del soggetto da se stesso. Se nella prima ipotesi, i rimedi comunemente adottati per eliminare le disparità sono quelli tipici contro lo squilibrio delle prestazioni, nel secondo caso è più arduo trovare un rimedio giuridico pacificamente accettato.

Più recenti dibattiti in materia hanno mostrato come il paradigma di riferimento stia progressivamente mutando dalla clausola del buon costume verso la dignità umana come nuovo limite della libertà contrattuale.

Nei paragrafi seguenti, e conclusivi, arriverò a spiegare come il fenomeno che si sta imponendo sia preferibile rispetto a quello di più consolidata attenzione e studio.

²⁷¹ Sunstein – Thaler, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, in 70 *U. Chi. L. Rev.* 1159 (2003).

7.1 IL CONTRATTO : SEMPLICEMENTE ORDINARIA PROMESSA ?

Per comprendere appieno il carattere innovativo della nuova fonte di limite al principio della libertà contrattuale dobbiamo prima soffermarci meglio sulla nozione di libertà e vincolo contrattuale.

La nozione più diffusa di contratto, anche tra coloro che non sono esperti di diritto, è che esso sia essenzialmente una promessa. Ciò è sicuramente vero, anche se contratti e promesse sono due ordini diversi di entità giuridica, e tra esse non vi è alcuna relazione di diretta simmetrit . Ci sono miriadi di promesse che, pur avendo un carattere in qualche modo vincolante, non sono contratti e questo basti a confutare l'idea che i contratti siano essenzialmente promesse. Si pu  comunque concedere che il contratto sia un tipo particolare di promessa, tale che gode di tutela giuridica proprio per il suo essere promessa.

Del resto   la legge dei contratti stessa che parla il medesimo linguaggio della promessa, usandone stilemi e sintassi : se prendiamo il pi  classico esempio di contratto noi sappiamo che esso niente altro   che una obbligazione volontaria assunta da un soggetto nei confronti di un altro, ovvero quanto potrebbe avere come esempio paradigmatico una promessa. La posizione della dottrina che individua nei contratti delle sostanziali promesse   stato pi  volte messa in discussione da coloro che vanno insistendo che, al di l  delle apparenze, le obbligazioni contrattuali sono etero- imposte e non auto-imposte. Ci dobbiamo chiedere, per , se il rifiuto categorico della natura di promessa del contratto non corra il rischio di non essere conseguente rispetto all'assunto che accetta pacificamente il contratto come incontro di distinte volont ²⁷². Se si accetta che le obbligazioni contrattuali hanno natura volontaria, e sono quindi in questo senso simili a promesse, non si deve poi negarne l'intrinseca natura e le incommensurabili propriet  di carattere promissorio. Ad un livello pratico- strumentale, entrambe hanno il compito di facilitare la cooperazione fra le parti, ma mentre nelle promesse la garanzia dello scambio delle volont  risiede nella presenza di preesistenti rapporti di fiducia di carattere personale fra le parti, nei contratti   la legge con le sue sanzioni che consente il regolare svolgimento del traffico giuridico.

Ma la vera differenza tra le due pratiche di interscambio risiede in una distinta, e diametralmente opposta, intrinseca funzione ordinaria. Se da una parte la precipua funzione delle promesse   di promuovere le relazioni tra persone attraverso una reciproca espressione di fiducia personale e rispetto, il ruolo fondamentale del contratto   invece quello opposto di facilitare il distacco tra le parti. E' questo il punto pi  interessante che ci aiuta meglio a comprendere per quale ragione la

²⁷² Dori Kimel, *From Promise to Contract: Towards a Liberal Theory of Contract* (Oxford and Portland, Oregon : Hart Publishing, 2003), p. 1-3, 57-80.

dignità possa meglio essere utilizzata come limite alla libertà contrattuale per la tutela dei diritti fondamentali rispetto al buon costume.

7.2 IL CARATTERE PERSONALE DELLA PROMESSA.

Avendo constatato che il contratto ha base volontaria e si attegga ad essere una promessa *sui generis* rispetto a ciò che la promessa normalmente rappresenta, il punto più interessante è che tutto ciò ci porta a concludere che la sfera interpersonale soffre serie limitazioni quando un contratto è posto in essere.

Se si assume che il fondamento normativo della promessa sia la fiducia²⁷³, si deve ricorrere alla distinzione tra rapporti personali intesi come rapporti fra individui in quanto individui, anche sconosciuti fra di loro, e rapporti di fiducia fra soggetti tra i quali incorre una certa relazione. Nel primo caso, la fiducia si sostanzia nel presumere semplicemente che tu adempirai a quella determinata obbligazione, mentre nel secondo caso l'idea di fiducia si colora di qualcosa di diverso e assume la forma della presunzione che ciò che presumibilmente uno farà lo farà per una giusta ragione, ovvero nel bene - che è cosa diversa dall'interesse - dell'altro. In questo secondo esempio l'aspettativa riflette una percezione favorevole delle qualità personali della controparte.

Nello scambio delle volontà contrattuale questa seconda dimensione fiduciaria non è necessaria, anche se alcune delle sue componenti sono in qualche modo implicite allo stesso atto dello scambio delle volontà. Pur non indispensabile, la sua immanenza rispetto al contratto fa sì che la fiducia non rappresenti qualcosa di marginale, ultroneo o atipico rispetto alla pratica contrattuale. E la fiducia è solo una delle caratteristiche proprie della promessa che anche il contratto dovrebbe interiorizzare : a questa si aggiungono l'intenzione di assumere l'obbligazione, la sincerità nell'atto di responsabilità di assunzione dell'obbligazione, l'interesse all'esecuzione della prestazione dedotta ad oggetto di obbligazione e la relativa aspettativa di adempimento a cui si aggiungono intento socializzatore e proficuo intento cooperativo, caratteristiche per adesso difficilmente adattabili a quella forma di particolare promessa che è il contratto.

CONTRATTO E COOPERAZIONE E CONTRATTO E SEPARAZIONE.

²⁷³ Charles Fried, *Contract as Promise*, "Expressions of trust are intended as weighty, sweeping statements about a person's character or moral worth... With its correlative, respect, trust holds the key to the practice's most significant values, instrumental and intrinsic, and to the main explanation as to why breaking a promise is wrong", p.19-20, 59-60; 1981.

I contratti sono le più problematiche fra le promesse per diverse ragioni ; dal doppio carattere vincolante (se la promessa è vincolante di per sé, il contratto diventa promessa oltremodo vincolante *ex lege*) alla estraneità di relazione affettiva fra le parti, che sono enti personificati più che persone in sé, alla forza dirimente della legge che ivi opera. Tutto ciò rende il quadro teorico molto più complicato e sembra allontanare sempre più il contratto dalla nozione di promessa ordinaria.

I contratti, come abbiamo visto, hanno carattere volontario e condividono con la promessa una importante funzione, che è quella di facilitare la cooperazione. Il contratto, però, non trae la sua forza dal legame personale di aspettativa di fiducia reciproca, ma dalla vincolatività che la legge attribuisce alla promessa di obbligarsi. E' la presenza della legge che riduce il ruolo della fiducia personale a mero accidente nel rapporto dei contratti. Nei casi di inadempimento, è il carattere riparatorio del rimedio che prevale su quello sanzionatorio, che è prospettabile solo nei casi di punizione per l'ingiusto commesso, un ingiusto che nella neutrale promessa di obbligazione contrattuale non si configura. Propendere per rimedi sanzionatori significherebbe imporre ai contratti delle non certamente benvenute intromissioni dell'apparato statale a rimedio di inadempimenti di obbligazioni contrattuali.

Ma l'aspetto più interessante è quello secondo il quale i contratti favorirebbero il distacco delle parti: ed è proprio sul distacco inteso come mancanza di attribuzione di rilievo alla interrelazione tra persone che rende l'inquadramento della tutela della persona attraverso il parametro limitativo della dignità così giuridicamente eterodosso.

In realtà, la separazione delle personalità coinvolte non è una caratteristica eminentemente contrattuale, perché esistono contratti dove è la relazione che viene ad essere posta in rilievo e non tanto l'interscambio necessario per l'attuazione del traffico giuridico. Da questa relazione conseguono regole e aspettative, riassicurazioni, cooperazioni e interdipendenza che trascendono la dimensione contrattuale. Il caso che possiamo prendere come guida è un contratto di lungo termine come quello fra joint-ventures, franchises e non da ultimo il contratto di lavoro²⁷⁴. Quanto appena detto sembra sconfessare la tesi della separazione delle personalità.

Per concludere, è necessario sottolineare che i contratti sempre e comunque hanno come scopo la facilitazione di relazioni interpersonali, che, va concesso, più di frequente hanno causa extra-

²⁷⁴ A. Farnsworth et al., *Contracts, Cases and Materials* (6th edn. 2001) : “As we move into the twenty-first century, the differences between intimate agreements and commercial agreements have narrowed and contractual relationships among intimates are finding increasing legal acceptability. Sophisticated agreements, now often drafted by lawyers, are used-with varying degrees of success- to order matters once considered wholly unsuited for private agreement or public enforcement. Those parties, married and unmarried, now regulate aspects of their relationships from start to finish through pre-nuptial, cohabitation and settlement agreements, and contract with one another to create families, through surrogacy, open adoption agreements, and the sale of genetic material.”; anche I. Macneil, “The Many Futures of Contract”, 47 *S Cal L Rev* , 691 (1974).

personale e patrimoniale, il che, peraltro, non esclude favorire lo sviluppo di relazioni interpersonali. Contratti che rendono più facile, proteggono, creano o promuovono relazioni personali non sono l'eccezione alla regola, ma prassi comune. In definitiva, il contratto favorisce l'incontro della espressione di due libere volontà senza portarsi come elemento separatore.

Capitolo 8

II PRINCIPIO DI PARI DIGNITA' COME LIBERA ESPRESSIONE DELLA VOLONTA' INDIVIDUALE.

Le continue trasformazioni sociali, il pluralismo identitario e di idee, il progresso scientifico e tecnologico si è ampiamente visto come abbiano contribuito a scalfire il monolite della riflessione dottrinale secondo il quale alcune cose, come il corpo umano e le parti che lo compongono insieme all'identità culturale di una nazione, siano indisponibili, ovvero non suscettibili a contrattazioni di qualsivoglia natura. La creazione di beni giuridici nuovi, il cui traffico giuridico avviene all'interno di campi fino ad ora sottratti alle regole di mercato, è stato il principale motore dietro all'abbattimento di questa inveterata teoria. Detto questo, è allora pacifico sostenere che tutto oggi possa divenire oggetto di commercializzazione o qualche area è ancora esclusa dalla forza gravitazionale della commercializzazione ?

Il dominio assoluto dell'idea di mercato ha certamente fatto sentire le sue conseguenze in ambito della disposizione di diritti della persona, cosa fino a qualche anno fa improponibile. Il termine inglese che descrive questo fenomeno, *commodification*, ovvero mercificazione²⁷⁵, rende un richiamo lontano nel tempo l'imperativa e perentoria formula kantiana secondo la quale "l'uomo non può disporre di sè stesso" e "non gli è consentito vendere un dente o una parte di se stesso".

Il dibattito che si è sviluppato sul tema ha visto contrapposti coloro che ritengono, in nome della sacralità della libera autonomia del contraente, che tutto può essere ceduto, a cui si oppongono coloro che, pur riconoscendo la necessità di estendere i limiti angusti del passato, vogliono comunque continuare a lasciare fuori dal novero del mercificabile alcuni aspetti della personalità umana e tutto ciò in nome di superiori principi meritevoli di tutela giuridica, come uguaglianza, dignità e solidarietà.

Il problema fondamentale della *commodification* è dato dall'inevitabile riduzione delle persone a merci, venendo così ad identificare il soggetto (persona) con l'oggetto (cosa), a cui va aggiunta la corrispondente degradazione sociale della persona-oggetto rispetto all'acquirente, il che peraltro rivela una concezione svuotata di senso della nozione di vita umana.

Il dibattito sulla *commodification* è stato variamente articolato da studiosi del pensiero economico, fra cui si segnala la scuola di Chicago ad avviso della quale una mercificazione generalizzata va

²⁷⁵ Martha M. Ertman e Joan C. Williams *Rethinking Commodification : cases and readings in law and culture*, New York University Press, 2005, la cui immagine di copertina del libro raffigura un bambino con un codice a barre impresso sul petto, di quelli usati per contrassegnare i prezzi dei prodotti, e vuole stare a dimostrare che in un futuro non tanto lontano tutto ciò che attiene alla persona umana potrà divenire oggetto di profitto.

giudicata positivamente perché solo e soltanto il mercato è in grado di massimizzare le scelte dei privati rispetto allo Stato che con le sue interferenze dal sapore paternalistico previene un simile auspicabile processo dal costituirsi. Tale posizione non è univocamente accettata e c'è chi obietta che così facendo si scalfisce la suprema rilevanza che alcuni aspetti non monetizzabili della vita hanno²⁷⁶ oltre a sancire una chiara discriminazione fra le probabili parti interessate allo scambio, dove al povero negletto dal mercato si chiede di sottoporsi al ricco acquirente per far fronte a necessità della vita alle quali egli non può, in modi meno ultimativi, provvedere. La distribuzione sulla quale il mercato presiede è fondata sulla ricchezza, ed è quindi una diseguale distribuzione che mette fortemente in dubbio la volontarietà di certe scelte individuali, sempre più scelte disperatamente necessitate dall'indigenza. Eppure coloro che sostengono la mercificazione come scelta auspicabile fanno leva anche su questo aspetto per giustificare la loro teoria argomentando che escludere dal mercato alcuni aspetti della vita significherebbe, date le oggettive condizioni di disparità create dal mercato, aggravare la miseria e la povertà di quanti non possono fare altro che vendere le loro parti del corpo.

Sul fronte più eminentemente culturale, alla *commodification* si imputa invece l'omogeneizzazione delle diverse culture che fa da corollario all'imperialismo imposto della unione di cultura e mercato, critiche alle quali si risponde che tale processo di mercificazione giova invece allo sviluppo e all'affermazione di una data identità culturale attraverso lo scambio commerciale dei suoi prodotti tipici - fra i quali anche le parti della persona sono incluse - e tutto nell'ambito di un mercato globale che favorisce la libertà di movimento.

L'approccio che intendo seguire è invece quello di considerare la *commodification* sotto una luce diversa : non più come qualcosa di negativo da condannare perché suggello della disuguaglianza fra singoli uomini, ma come via verso il rafforzamento dell'idea egualitaria. Tale rovesciamento interpretativo è reso possibile dall'eliminazione come punto di snodo dell'oggetto della mercificazione , spesso identificato in categorie di persone discriminate come donne, gays, persone di razze e colori della pelle diversi - solo per citare alcuni esempi- , e dalla sua sostituzione con i due parametri ideali della libertà e dell'uguaglianza, per dare più rilevanza al soggetto della mercificazione e attribuirgli il controllo dei termini della vendita oltre alla determinazione del significato dello scambio²⁷⁷ .

Fra i casi di specie più illuminanti in materia troviamo il fenomeno della prostituzione, che storicamente per alcune donne ha rappresentato lo strumento di evoluzione dal patriarcato, dove la

²⁷⁶ Margaret J. Radin, *Contested Commodities*, New York University Press, 2003, pp. 81 ss.

²⁷⁷ In questo modo la *commodification* , secondo le parole di Margaret J. Radin, op.cit, p.81 ss “refers to the social process by which something come to be apprehended as a commodity, as well as to the state of affairs once the process has taken place.”

donna è divenuta soggetto piuttosto che oggetto della transazione, ma che oggi, una volta che è maturata la ribellione della donna contro l'oggettivazione sessuale, ha invece assunto la figura della prostituta come archetipo di sfruttamento e mercificazione. Il fatto che la prestazione sessuale si configuri come un normale scambio di domanda e offerta all'interno di un rapporto suscettibile di valutazione economica fomenta l'idea che la prostituta sia solamente un corpo in vendita e questo senza considerazione della libera autodeterminazione che sorregge scelte personali, molte volte volute e ponderate²⁷⁸. E' ovvio che dei limiti debbono essere posti, altrimenti si rischierebbe di creare una sorta di effetto domino che produrrebbe l'effetto negativo di ritenere la sessualità di ciascuna donna – al di là delle libere scelte - come mercificabile.

Tuttavia se assumiamo un'altra angolatura non possiamo non far entrare in gioco il problema della giustizia sociale il quale, tenendo conto della ineguale distribuzione di povertà e ricchezza, impedirebbe di vietare lo scambio se esso ha come fondamento la impellente necessità di trovare mezzi per vivere. Quanto affermato porta alla conclusione che sebbene la prostituzione sia un'attività dannosa e degradante della personalità umana, e come tale dovrebbe essere valutata alla luce di ragioni non mercantilistiche, il mondo in cui viviamo non è affatto dominato da una perfetta idea di giustizia e laddove la prostituzione si renda necessaria e frutto di una scelta libera e consapevole, essa va accettata ; e questo anche alla luce del fatto che in molti paesi la pratica è stata legalizzata e che ciò ha aiutato a normalizzare agli occhi dell'opinione dominante un'attività altrimenti recante intensa disapprovazione morale, nonostante talvolta fatta perché unica scelta e mezzo di sopravvivenza²⁷⁹. In definitiva, laddove le donne non hanno altra alternativa valida se non la mercificazione del proprio corpo, la prostituzione va legalizzata e in quanto tale regolamentarizzata così da superare i problemi relativi alla povertà da una parte e all'effetto domino precedentemente segnalato dall'altra²⁸⁰.

La prostituzione non si vedrebbe più attaccato quello stigma che ormai la contraddistingue da secoli or sono solo se la sessualità venisse considerata come ogni altro attributo della personalità, come l'ingegno, ad esempio, e le venisse negato quello status particolare che le impedisce di divenire

²⁷⁸ D. Danna, *Cattivi costumi : le politiche sulla prostituzione nell'Unione Europea negli anni Novanta*, *Quaderni del Dipartimento di Sociologia e Ricerca Sociale*, n. 25, Università degli Studi di Trento, 2001 , p.6, definisce la prostituzione come “lo scambio fra sesso e denaro” e aggiunge “Consiste nel rapporto di due soggetti la cui parte che costituisce l'offerta di prostituzione fornisce soddisfazione sessuale alla parte che ne fa domanda, in cambio di denaro oppure di altri benefici materiali”.

²⁷⁹ M.R. Marella, *The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe*, in ERCL, 2006, p.257 ss..

²⁸⁰ Sul tema Ann Lucas *The Currency of Sex : Prostitution, Law and Commodification* , Princeton Review, 2001, pp.248 ss., sostiene che la preoccupazione circa la creazione di un effetto domino che porterebbe a valutare l'attività sessuale di qualsiasi donna in termini monetari sia infondata sulla base di tre ordini di idee. La larga diffusione di sex shops, nightclubs, linee telefoniche hard, è un chiaro esempio della già avvenuta mercificazione dell'attività sessuale femminile. In secondo luogo, la prestazione sessuale ha comunque carattere infungibile, e per questo difficilmente riducibile a generalizzazioni astratte. Da ultimo, la prostituzione legalizzata fornisce un'immagine della donna più padrona di sé, richiamando l'idea originaria della donna che da sottoposta al patriarcato si fa *domina* del proprio corpo attirando nella propria rete anche figure maschili potenti (si richiama l'immagine della cortigiana).

strumento di ottenimento di profitto. Per alcune donne la prostituzione è un lavoro non dissimile da altre attività professionali come l'insegnante o l'infermiera e, soprattutto, esso non compromette il godimento della propria sessualità. Qui si ripropone l'annoso dibattito circa la presenza di un'impossibilità al godimento di certi attributi della personalità, una volta che essi divengano oggetto di vendita. Ebbene, un'indagine condotta all'interno di maschi dediti alla prostituzione ha evidenziato come sia del tutto assente l'idea che, con lo scambio della propria sessualità verso un corrispettivo in denaro, si sia perduto qualcosa di inerentemente personale, anzi, si ritiene al contrario che in tal modo si sia arrivati ad affermare sé stessi. Alla parola vendita si dovrebbe quindi sostituire il termine "condivisione"²⁸¹.

In ambito europeo alcuni paesi hanno provveduto a rendere legale la prostituzione, come l'Olanda e la Germania²⁸², mentre in giurisprudenza la Corte di Giustizia Europea ha affermato, prendendo atto dei cambiamenti verificatisi, che l'attività di prostituzione esercitata in qualità di lavoratore autonomo possa essere considerata un'attività commerciale, se svolta dal prestatore di servizio senza alcun vincolo di subordinazione a fronte di una retribuzione pagatagli direttamente e integralmente²⁸³.

In definitiva, anche le Corti Europee, hanno iniziato ad accettare come proponibile la nuova angolazione attraverso la quale la *commodification* possa essere studiata.

Fino ad ora abbiamo analizzato quello che rappresenta la culla originaria del dibattito attorno alla mercificazione, ma sarebbe degno di nota addentrarci verso terreni meno sondati, come ad esempio

²⁸¹ Interessanti al proposito le osservazioni di M. C. Nussbaum, "Whether From Reason or Prejudice": taking money for bodily services, in *The Journal of Legal Studies*, vol. 27., 1998, pp.693-724, la cui posizione è chiara quando afferma che "All of us with the exception of the independently wealthy and the unemployed, take money for the use of our body". In questo suo scritto l'autrice mette in relazione differenti mestieri in cui le donne prestano parti del proprio corpo in cambio della promessa di denaro. Dopo aver individuato analogie e differenze, sottolinea come unica differenza fra la prostituzione e altri mestieri il fatto che la prima sia un'attività immorale la cui immoralità è legata all'idea dell'esistenza di una gerarchia differenziata fra uomo e donna nella quale la donna ha come compito la soddisfazione dei desideri sessuali del proprio marito, prestazione inadempita se dedita alla prostituzione.

²⁸² Prostitutionsgesetz (20 Dicembre 2001), prevede che l'accordo a titolo oneroso avente ad oggetto la prestazione sessuale della prostituta deve considerarsi valido e vincolante e non più contrario ai buoni costumi. Lo schema proposto è quello della *executed consideration* che prevede che la prostituta non abbia l'obbligo alla prestazione sessuale, a garanzia della libertà personale della stessa nell'esercizio dell'autodeterminazione, la cui libertà è in Germania costituzionalmente garantita.

²⁸³ CGCE, 20 Novembre 2001, C-268/99, *Aldina Malgorzata Jany & c.v. Staatssecretaris van Justitie*. In questo la Corte Europea era stata chiamata a pronunciarsi su cinque questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale dell'Aja nell'ambito di una controversia che vedeva contrapposti il Segretario di Stato della giustizia Olandese e due cittadine polacche e quattro cittadine ceche che lavoravano ad Amsterdam come "prostitute in vetrina". Il Segretario di Stato aveva respinto la richiesta di permesso di soggiorno presentata dalle lavoratrici in quanto la prostituzione non costituisce un'attività legale o un lavoro socialmente accettabile, sia come lavoro dipendente, che come libera professione. Il Tribunale dell'Aja con sentenza del 1 Luglio 1997 aveva dichiarato fondati i ricorsi presentati contro le decisioni del Segretario di Stato, considerando che costui nel 1988 aveva già concesso ad una prostituta di origine italiana un permesso di soggiorno per consentirle di lavorare – e riconoscendo così la prostituzione come un'attività economica – oltre ad aver sancito che alcune forme di prostituzione, come quella in strada e in vetrina, sono autorizzate nei Paesi Bassi, essendo perfino oggetto di regolamentazione comunale. La Corte ha ribadito quanto affermato dal Tribunale dell'Aja risolvendo così un problema qualificabile come regolamentazione della circolazione di cittadine straniere all'interno della UE.

quello della *commodification* dell'identità culturale e omosessuale, dove si vuole evidenziare come attraverso l'utilizzo di questa pratica si sia arrivati perlomeno al riconoscimento, anche se non all'accettazione, di certe categorie di soggetti. Partendo dall'assunto che un popolo esprime la propria cultura attraverso la concretizzazione di forme peculiari di arte, musica o poesia, ci si può chiedere se tale patrimonio culturale possa divenire o meno oggetto di scambio commerciale²⁸⁴. Se si pensa ai popoli di colore, vengono alla mente molti esempi nei quali aspetti inerenti alla loro cultura siano stati oggetto di compravendita. In questo particolare caso la mercificazione non era stata vista positivamente sia perché così sembrava che il popolo bianco si approfittasse della loro cultura, prodotto di sofferenze e umiliazioni patite per secoli, con l'intento di adattarla alle proprie esigenze e privandola della sua peculiare origine e spontaneità e sia perché il bene relativo alla cultura viene ad essere parte di un mercato dominato dai bianchi, che qui vi esercitano la loro supremazia. Eppure sono state proprio la musica o altri aspetti originari della *black culture* che hanno attribuito a questa la dignità che meritavano e rispetto e ammirazione nel mondo.

Un discorso analogo può essere fatto in relazione all'omosessualità²⁸⁵. Se fino a qualche tempo gli omosessuali vivevano una vita di affrancamento dalla realtà, isolati e nascosti, tanto da usare un linguaggio in codice per comunicare, come il dialetto polari nella rigida Inghilterra Thatcheriana, oggi essi conducono una vita più all'aperto e molto sono i club gays dove si frequentano e incontrano. Si osserva, inoltre, che la loro omosessualità è ormai divenuta oggetto di consumo che va oltre l'interesse per la costruzione di una identità omosessuale e si attacca anche al modo eterosessuale che è sempre più attratto e incuriosito da questa differente realtà, ferme restando alcune inqualificabili logiche discriminatorie che sono ancora in atto. Così intorno agli anni la cultura gay viene promossa con la pubblicizzazione di prodotti gay e feste particolari; questo gruppo diventa sempre più consapevole della propria rilevanza, al punto da chiedere il riconoscimento di diritti come il matrimonio e l'adozione o l'ingresso nell'esercito.

In sintesi, si vuole porre l'attenzione sul fatto che lo scambio commerciale delle loro identità ha permesso di "uscire allo scoperto" e di ottenere certi riconoscimenti.

Tutti questi esempi ci hanno fatto capire come la *commodification* possa essere diversamente compresa e da una forza il cui dilagare poteva essere inteso come pericoloso si sia poi trasformata in effetto da auspicarne il verificarsi. Le preoccupazioni dietro al processo di mercificazione trovavano le loro radici nelle teorie dell'inizio del XIX secolo che si fondavano su una visione manichea, e a tratti paranoica, di un mondo ostile poggiato su sfere distinte e separate. Sulla base

²⁸⁴ Regina Austin, *Kwanzaa and the Commodification of Black Culture*, Columbia University Press, pp.178 ss.

²⁸⁵ Dereka Rushbrook, *Cities and Queer Space : Staking a Claim to Global Cosmopolitanism*, Random House, New York, 2001, 199 ss; Alexandra Chasin, *Selling Out: the Gay and Lesbian Movement Goes to Market*, Oxford University Press, 2003, pp. 213 ss.

dell'ultimo assunto teorico, il mondo sarebbe diviso in due sfere, una dominata dai principi di razionalità ed efficienza e l'altra da quelli di valori sentimentali e solidarietà. Queste due sfere sono separate ma tendono a contaminarsi. La contaminazione delle stesse è ritenuta da evitare e per questo si ergono barriere rigide affinché la distinzione permanga. A questa stessa distinzione corrispondono le classiche dicotomie mercato/famiglia, uomo/donna, la cui netta separazione, seppure cercata, è stata invece rotta dal continuo interscambio fra le due sfere. Questo fa concludere circa l'impossibilità di negare che la dimensione personale possa essere presente in molti rapporti commerciali, così come quella economica nei rapporti personali. Il problema da risolvere non attiene tanto al rifiuto o all'accoglimento del processo di mercificazione, ma nel capire come strutturare le relazioni sociali che coinvolgono elementi sia di carattere personale che di carattere economico. Solo dando corso a tali premesse concettuali, la *commodification* potrebbe venire accolto senza censure, se non fosse per l'ultimo ostacolo che il pieno esercizio della libertà contrattuale incontra e che è rappresentato dalla dignità.

Questa nozione, in certi contesti, può essere eretta ad argine invalicabile della commercializzazione del corpo e delle sue parti²⁸⁶. E', infatti, proprio invocando la dignità che il commercio delle parti del corpo viene spesso fatto oggetto di proibizione e che ogni argomentazione contraria a carattere distributivo viene invece rigettata. La regola della gratuità, che sembrerebbe aggirare l'ostacolo della dignità, non è garanzia di avanzamento dell'idea della commercializzazione, ma allo stesso tempo favorisce una redistribuzione del reddito a favore degli intermediari che operano in questi mercati. Era proprio la logica della solidarietà che aveva, infatti, ispirato il dettato dell'articolo 5 c.c. secondo il quale la persona può disporre di parti del proprio entro i limiti stabiliti dalla legge, dall'ordine pubblico e dal buon costume.

La regola della gratuità aiuta a ripensare in modo diverso il fondamento dei limiti della libertà contrattuale nella materia della disposizione del corpo. Assunto che lo scambio remunerativo fra donatore e intermediario è vietato e che solo in una fase successiva il corpo possa diventare giuridicamente un bene commerciabile, il fondamento della libera autonomia contrattuale andrebbe da essere ricercato non tanto più nel principio di indisponibilità del corpo, o di dignità della persona, ma in quelli di uguaglianza, mezzo, peraltro, necessario ma non sufficiente all'ottenimento di una piena dignità. La ratio sta nell'evitare che una ineguale distribuzione di ricchezza incida su scelte

²⁸⁶ A questo scopo è utile ricordare che lo stesso art. 3 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea riconosce, nel primo capitolo che è proprio intitolato alla dignità, la necessità di preservare il diritto fondamentale all'integrità psico-fisica della persona e allo scopo fa assoluto "divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro". S. Rodotà, in *Diritto, scienza, tecnologia: modelli di regolamentazione*, in RCDP, 2004, p. 374-375, afferma che gli atti di disposizione del corpo "possono essere considerati legittimi o no a seconda che essi si presentino come atti di liberalità o come attività volte ad ottenere un corrispettivo". Sul tema del dilemma circa il delicato rapporto fra autonomia e legittimazione della regola giuridica incidente sul mondo modificato dalla scienza e dalla tecnologia si segnala anche G. Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, in Riv. dir.civ., 2002, II, p. 801-848.

particolarmente significative per la sfera individuale e che conduca persone in stato di povertà a vendere parti del proprio corpo ad un ricco acquirente con il solo umile intento di fare i soldi necessari per vivere.

In Europa, l'arma della dignità sembra essere divenuta un vecchio-nuovo espediente per criticare un nuovo fenomeno e per sgombrare il campo da ipocrisie di facciata inutili è bene fermarsi ad osservare il ruolo che la dignità può giocare nella nuova dicotomia – che è sempre meno tale – tra mercato e non mercato²⁸⁷.

²⁸⁷ Al proposito, illuminante è un caso giurisprudenziale americano, *Moore v. The Regents of the University of California et al.*. Al centro della vicenda stava John Moore, un paziente affetto da leucemia che nel 1976 era stato curato presso il Medical Center della UCLA a Los Angeles. I due medici curanti scoprirono che i tessuti della milza, asportata durante la cura, producevano una particolare proteina del sangue, i linfociti T, che vennero prontamente utilizzati per una linea cellulare per la produzione di elementi antibatterici e contro il cancro, all'insaputa dell'ignaro paziente. Nel 1981 la linea cellulare così ottenuta venne brevettata e sulla base di questa scoperta i due ricercatori e l'università stipularono un contratto con due società private, Genetic e Sandoz, le quali a loro volta brevettarono nel 1984 nove prodotti derivati da quella linea cellulare. Nel 1984 John Moore intentò una azione giudiziaria per ottenere parte dei proventi della ricerca fatta con l'utilizzazione della sua milza. In primo grado, nel 1986, la sua domanda venne respinta, negandosi l'esistenza di un diritto di proprietà sulle parti staccate del proprio corpo, diritto che invece gli venne riconosciuto due anni dopo dalla Corte d'Appello della California. Ma l'ultima parola spettava comunque alla Corte Suprema della California, che negò invece ogni diritto di proprietà su cellule e tessuti del proprio corpo. A Moore fu riconosciuto solo il risarcimento del danno dovuto alla violazione del legame fiduciario fra medico e paziente, dato che non era stato informato delle potenzialità economiche legate all'utilizzazione dei suoi tessuti.

Su questo caso J.P.Baud, *Il caso della mano rubata: una storia giuridica del corpo*, Milano, 2003, p.241 asserisce che "In nome della dignità umana John Moore non poteva essere proprietario del suo corpo. In nome della dignità umana, le cellule prelevate dal corpo di John Moore sono diventate dei beni di cui si sono appropriati coloro che hanno potuto stabilirne il valore commerciale. In nome della dignità umana è stato possibile depositare dei brevetti riguardanti queste cellule e organizzare lo sfruttamento industriale."

Capitolo 9

LA DIGNITA' OGGI.

Partendo dal presupposto che il principio di dignità non debba essere analizzato nella sua staticità quanto piuttosto in una prospettiva dinamica, si osserva come l'uso di tale principio oggi abbia subito un notevole incremento rispetto al passato. Il Consiglio Costituzionale francese, ad esempio, ha riconosciuto alla dignità della persona il rango di principio costituzionale²⁸⁸, mentre in precedenza lo si riteneva diritto naturale non facente parte di alcun testo costituzionale, se non in via indiretta. La sua affermazione nelle Costituzioni le ha permesso, come già ampiamente visto, di diventare volano per la garanzia dei diritti sociali, come il diritto ad un salario minimo, ad una vita dignitosa o all'abitazione, e allo stesso tempo di sostituirsi al più antiquato principio della indisponibilità del corpo umano per quanto riguarda il profilo dei diritti della persona. Essa si trova così ad assumere una duplice funzione di limite protettivo, da una parte, e di presupposto per la costruzione del proprio io nella collettività, dall'altro.

In ambito di diritto amministrativo, il principio di dignità rileva per la sua pressoché assenza totale, almeno fino a quando non si è sancito sulle ipotesi di "lanci dei nani".

Più in generale, un po' tutte le branche del diritto hanno utilizzato o stanno attualmente impiegando il principio di dignità, ma senza, comunque, conferirle una forma definita. Dai dati, soprattutto giurisprudenziali, in possesso, tre sono le accezioni di dignità che sono state più ampiamente riscontrate. In un primo senso, quello più tradizionale, dignità è intesa come *dignitas* romana, ovvero la qualità che attiene allo svolgimento dei compiti propri di una carica ufficiale e che, in quanto tale è riferita solo alla funzione e non anche alla persona fisica che la esercita. In questo sul soggetto incombono degli obblighi particolari, come il perseguimento dell'interesse pubblico, mentre i terzi hanno un obbligo generale di rispetto della funzione giuridicamente sanzionato. In un suo secondo significato la dignità viene invece concepita come una qualità propria della persona che in quanto tale deve essere rispettata da tutti gli appartenenti al genere umano e si pone come limite a qualsivoglia forma di discriminazione (dignità sociale dell'art. 3, 1° co., cost.italiana). Questo tipo di dignità è invece opponibile ai terzi. Infine, la dignità, viene concepita come una prerogativa dell'umanità nel suo complesso, opponibile dai terzi all'uomo, nel senso che anche chi ne è titolare deve rispettarla e, se necessario, è suscettibile di imposizione circa il rispetto della stessa. In questo

²⁸⁸ Conseil constitutionnel 94-343-344 DC, 27 luglio 1994, in Dalloz, 1995, Jurisprudence, pp.237 ss, ha stabilito che il ruolo prevalente che alla persona umana deve essere riconosciuto unito al rispetto per la realizzazione delle proprie aspirazioni di vita che va altrettanto riconosciuto all'essere umano, l'integrità, l'invulnerabilità e l'assenza di caratteri di patrimonialità relativi al corpo umano oltre che alla necessità di preservare la specie umana tendono ad assicurare il rispetto del principio costituzionale di salvaguardia della persona umana.

ultimo significato la dignità racchiuderebbe l'insieme dei diritti fondamentali²⁸⁹. Queste tre accezioni convivono l'una accanto all'altra e laddove la dottrina, da sempre più normativa, ne afferma un ruolo sempre più rilevante, la giurisprudenza si mostra più scettica nell'accoglimento di questo principio e delle sue declinazioni differenti.

Il caso più noto in giurisprudenza che ha maggiormente contribuito all'affermazione della nozione di dignità è quello relativo al cosiddetto "lancio del nano". Esso aiuta, più di altri casi analoghi, a riflettere sui rapporti fra mercato e corpo.

Si tratta di una forma di *entertainment* originariamente importata dall'Australia, e praticata soprattutto nelle discoteche d'oltralpe, che consiste nel lanciare il più lontano possibile una persona affetta da nanismo, vestita con la stessa uniforme protettiva utilizzata dai giocatori di football americano, che dovrà poi atterrare su di un grande materasso pneumatico. L'incolumità fisica del nano viene garantita dall'adozione di tutte le necessarie misure di sicurezza, ma il problema maggiore resta la lesione o meno della dignità della sua persona, appartenente alla categoria debole e oggetto di discriminazione dei portatori di *handicap*. Uno dei più noti fra i nani oggetto di lancio è stato il signor Manuel Wackenheim, che si era consapevolmente obbligato all'adempimento della prestazione di lavoro suddetta e si dichiarava molto soddisfatto di questa sua nuova professione che oltre a garantirgli una certa sicurezza economica, stimabile in 20000 franchi all'anno (il caso si riferisce al 1991 prima dell'entrata in vigore della moneta unica), per la prima volta gli offriva una certa notorietà e il conseguimento di certe aspirazioni, sia individuali che professionali, che prima gli erano state negate.

Al di là dell'opinione del signor Wackenheim, i sindaci di due comuni francesi, Aix-en-Provence e Morsane-sur-Orge, avevano vietato tali spettacoli perché ritenuti responsabili della commissione di trattamenti umani degradanti che sono proibiti dall'art.3 CEDU²⁹⁰. Contro tali decisioni il signor Wackenheim e la società di produzione degli spettacoli, la Fun Productions, avevano, con successo, appellato le decisioni e ottenuto l'annullamento delle delibere. Ma il 27 ottobre 2005 il Consiglio di Stato, adito dai comuni interessati, ha annullato la pronunzia del tribunale affermando l'assolutezza del principio di dignità il cui rispetto deve essere imposto anche su chi ne è titolare e la cui preminenza è da riconoscere su altri principi fondamentali configgenti come quello di diritto al lavoro e libertà di iniziativa economica²⁹¹. In questa sentenza è stata accolta la terza, e più

²⁸⁹ D.Feldman, *Human Dignity as a Legal Value*, parte I, Public Law, 1999, pp.682-702, ritiene che "Human dignity can operate on three levels : the dignity attaching to the whole human species; the dignity of groups within the human species; and the dignity of human individuals." Secondo l'autore, peraltro, la protezione dell'umanità nel suo complesso imporrebbe al legislatore di porre limiti all'avanzamento tecnologico che inficia la salvaguardia della vita e della specie umana.

²⁹⁰ Sul tema si veda T.A. Versailles, 25 febbraio 1992, in Rev.fr. dr. adm., 1992, pp. 1026 ss

²⁹¹ Conseil d'Etat, Ass. 27 ottobre 1995, Ville d'Aix-en-Provence, in Dalloz, 1996, jurisprudence, pp. 177 ss., Conseil d'Etat, Ass. 27 ottobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, in Dalloz, 1995, i.r., p.257.

pervasiva, delle tre concezioni di dignità, che è stata addirittura inclusa nella clausola generale di ordine pubblico, che poteva, solo in questo modo, essere concretizzata. Solo la tutela dell'ordine pubblico giustifica, infatti, l'esercizio dei poteri dell'autorità di polizia, in mancanza di altre condizioni particolari. Il Consiglio di Stato definisce la dignità "quarta componente" dell'ordine pubblico, senza far riferimento alcuno al concetto di morale pubblica²⁹².

Il signor Wackenheim aveva fatto appello contro la decisione del Consiglio di Stato, prima alla Commissione Europea per i Diritti dell'Uomo, lamentando la violazione degli artt. 1, 8 e 14 della CEDU, e poi alla Commissione per i diritti umani dell'ONU. Il tema ricorrente, centrale negli appelli presentati, si sostanziava nel far presente che l'attività professionale da lui esercitata, lungi dall'aver violato la propria dignità, gli aveva invece attribuito fama e notorietà oltre a consistenti guadagni economici, peraltro difficilmente ottenibili attraverso altre modalità per tutti coloro che sono affetti da sindromi limitative come quella del nanismo. Tutte le precedenti motivazioni di appello erano state considerate infondate dalla Commissione per i diritti umani, che aveva confermato come la dignità umana faccia parte integrante dell'ordine pubblico e fatto intendere come altre attività simili a quella del "lancio del nano" non possano in futuro essere vietate sulla base delle ragioni di violazione di dignità e ordine pubblico sopra menzionate.²⁹³ Il ricorrente, ovviamente, non ha trovato alcuna soddisfazione nella decisione ultima della Commissione Onu e anzi ha ritenuto che vietandogli lo svolgimento della professione scelta che ad altri viene concesso costituiva una lesione della propria dignità umana. In questo caso è evidente come la dignità sociale si scontri con la dignità umana personale difesa dagli organi giudiziari, una dignità, che non ci dovremmo dimenticare, deve essere lasciata alla responsabilità del singolo individuo di rispettare e proteggere, senza inutili interferenze altre fatte in nome di principi universali.

Anche in ambito tedesco e americano sono state riproposte sentenze interessanti sotto il profilo della giuridicizzazione del principio di dignità. In America si è verificato il processo inverso rispetto all'Europa : ad una dottrina pressoché disinteressata alla tematica - con qualche notevole eccezione già segnalata - si oppone una giurisprudenza piuttosto attiva che ha più volte giuridificato il principio.

Dietro allo sviluppo del concetto della cosiddetta "libertarian dignity", la Corte Suprema ha affermato che la dignità è una qualità assoluta dell'uomo che va sempre protetta e specialmente proprio dal diritto piuttosto che da discipline come la filosofia o la morale. Essa deve assurgere a

²⁹² L'assimilazione fra dignità e moralità era già stata ampiamente contestata nella dottrina francese, su tutti si veda J.P.Théron, *Dignité et libertés : propos sur une jurisprudence contestable*, in *Pouvoir et liberté*, Etudes offertes à Jacques Mourgeon, 2000, p.297 ss., secondo il quale la dignità della persona umana e la moralità sono, una volta tradotte giuridicamente, due nozioni ben distinte, perché mentre la moralità è per definizione un fenomeno di espressione collettiva delle idee che fa da cornice di riferimento al comportamento individuale, e varia a seconda dei tempi e dei luoghi, la dignità è l' "abito appiccicato addosso all'individuo".

²⁹³ Décision 16 ottobre 1996, Manuel Wackenheim c. France, req. 29961/96.

diritto costituzionalmente garantito perché la costituzione stessa riposa su un'idea di uomo che non può essere che degno. Questo approccio è stato fortemente criticato dalla dottrina americana e europea, obiettando che la Corte Suprema così facendo abuserebbe della funzione creatrice propria delle Corti giudiziarie Supreme e arriverebbe ad inventare una nozione di dignità che non trova riscontro né nel testo scritto della Costituzione Americana – fatta eccezione della Costituzione dello stato federato del Montana - e né tantomeno nelle intenzioni dei Padri Costituenti²⁹⁴.

Accanto a quanto già espresso, è interessante evidenziare come negli Stati Uniti il concetto di dignità venga soprattutto utilizzato per garantire l'effettiva uguaglianza dei cittadini e come principio che enfatizza la libertà personale²⁹⁵.

In Germania, il principio della dignità riceve una consacrazione senza precedenti nell'art 1 della Costituzione del 1949, che afferma che la dignità è principio intangibile e dovere è di ogni potere statale proteggerla e rispettarla. Il principio che ne consegue è quindi assoluto, non ammette deroghe ed è posto al vertice della gerarchia dei valori costituzionali, riferimento di armonizzazioni per i principi di carattere diverso che potrebbero conseguire. L'obbligo statale della garanzia della dignità fa intuire come ruolo prioritario abbia la dignità anche nella sua accezione di dignità sociale in questo ordinamento, perché allo Stato si impone di assicurare una vita dignitosa, garantendo per questo fine un'assistenza sociale minima. Essa ha quindi valenza oggettiva di principio fondatore dell'ordinamento giuridico e valenza soggettiva in quanto diritto il cui rispetto può essere invocato sia nel rapporto stato-cittadino che in quello fra privati²⁹⁶.

Il caso giudiziario più famoso in Germania è quello relativo al Peep Show Fall, dove la Corte era chiamata a pronunciarsi sull'apertura di locali per lo svolgimento di uno spettacolo innovativo incentrato sullo spogliarello di ballerine osservabile attraverso cabine individuali i cui pannelli si aprono dietro previo inserimento di gettoni-moneta. Anche in questo caso si doveva decidere circa la lesione o meno della dignità delle persone coinvolte. Il famoso dilemma del libero consenso delle donne spogliarelliste espresso al momento della firma del contratto di lavoro è qui superato dal

²⁹⁴ E' comunque utile segnalare come, anche sotto il profilo giurisprudenziale, molte volte la dignità a cui si offre protezione si sintetizzi nel mero diritto al rispetto che ciascun individuo vanta nei confronti del suo simile e quindi dei cosiddetti terzi; in definitiva un'idea più banalizzante e meno forte del senso di qualità assoluta che la Corte Suprema sembra voler attribuire. Altre volte è addirittura il principio della privacy quel principio assolutizzante che permette di proteggere la persona umana.

²⁹⁵ *Supreme Court of U.S.*, 26 Marzo 2003, *Lawrence v. Texas*, la Corte Suprema ha scomodato proprio il principio della dignità per dichiarare incostituzionale una legge dello stato convenuto che vietava gli atti sessuali fra persone dello stesso sesso dicendo che "The liberty protected by the Constitution allows homosexual persons the right to choose to enter upon relationships in the confines of their homes and their own private lives and still retain their dignity as free persons".

²⁹⁶ Alcuni interpreti del testo costituzionale tedesco fanno risalire l'originaria importanza attribuita al principio della dignità nelle atrocità perpetrate dall'ideologia totalitaria nazista, mentre altri, osservando che anche la costituzione weimariana pre-guerra attribuiva comunque un ruolo alla dignità non riscontrabile, per importanza, in altre costituzioni contemporanee, propendono per l'idea socialista ivi sviluppatasi come ratio fondamentale dietro alla preminenza data alla dignità, ivi compresa la sua dimensione sociale.

mancato riconoscimento di alcun valore all'esercizio consapevole dell'autonomia contrattuale e nel conseguente obbligo dello Stato di intervenire a protezione della dignità anche contro la volontà del soggetto titolare della stessa. La dignità diventa quindi diritto indisponibile al quale non si può legittimamente rinunciare²⁹⁷.

DIGNITA' E DIRITTO MORALE.

Così disegnato il rapporto fra diritto privato e dignità, ci fa pensare ad una possibile "moralizzazione" del primo. Fermo restando che diritto e morale rappresentano due sfere autonome, esse sono suscettibili tuttavia di intersezioni ogniqualvolta l'ordinamento consenta l'ingresso al suo interno della regola morale, e questo è uno dei casi che si presenta con riferimento alla dignità. Essa sottopone infatti l'attività dei privati a dei limiti che globalmente condensano il complesso di regole morali accolte in un determinato contesto storico.

Questo nulla toglie alla laicità insita nei principi giuridici privatistici. Il fatto è che, grazie al principio della dignità, si coglie la sempre più necessaria esigenza di principi etici nella elaborazione e nella elaborazione dei casi di specie.

Nella società odierna, caratterizzata da un diritto che sovente viene percepito come ingombrante, il problema da affrontare e risolvere non è certo quello di una regolamentazione normativa dettagliata dettata da principi etici sovraordinati, ma la risoluzione degli scompensi e delle asimmetrie create dall'invadenza del diritto in certi settori e dalla sua assenza in altri.

La soluzione potrebbe essere rappresentata dalla netta fissazione di una linea di demarcazione fra ciò che può essere normato e ciò che non può essere normato, non senza la consapevolezza che rispetto a continue e determinate tematiche il diritto così come è concepito si trova ad essere privo di risposte e deve attingere da concetti nuovi, e tutto questo nel nome della libera espressione e parità di posizione degli individui.

²⁹⁷ BVerwG, 15 dicembre 1981, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1982, p.664.

Il tema della dignità è talmente sentito in Germania, che anche sulla base di questa sentenza, si ritiene tacciabile di incostituzionalità la recente legge sulla prostituzione, perché contraria a siffatto, fondamentale principio.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

IL DILEMMA TRA DIGNITÀ E PARI DIGNITÀ'.

Parlare del tema della dignità è sembrato a me fondamentale, in un periodo storico in cui tutti si ergono a difensori del valore della vita e in cui si fa un gran dibattere sul diritto laico o il diritto "morale".

Come ho già detto all'inizio di questa mia argomentazione, al civilista, più di altri si impone oggi di scontrarsi con le problematiche relative alla persona umana e al rispetto di essa che può essere racchiuso nell'idea di dignità.

Quando si parla di vita da difendere è principalmente quella umana e individuale che ci viene alla mente, così come la dottrina della Chiesa cattolica ci ha insegnato. Il tema della vita è divenuto, oggi più che mai, un valore etico e ha riproposto in tutta la loro irrisolvibilità i dilemmi attorno alla dignità umana.

Quello che il diritto privato può e deve fare è associare al sostantivo dignità un attributo di quattro sillabe, pari, che da solo permette di collegare al sentimento di empatia per l'argomento dignità un percorso di realizzazione attuabile dello stesso. Il principio di rispetto tra eguali che la pari dignità richiama è l'unico argine rimasto di fronte al quale i flutti del mare tempestoso delle acque della politica si infrangono e il diritto è il solo che può far sì che ciò accada. Per trovare le origini di questo principio non dobbiamo affannarci a ricercare nelle carte ingiallite delle vecchie costituzioni, perché tale principio è inscritto nel concetto stesso di convivenza civile che sta alla base di quel patto sociale fra uomini nei confronti dello Stato dal quale si è originata la società civile.

Nei due profili della dignità che ho analizzato, quella umana e sociale, ho evidenziato l'importanza del principio libertario, inteso come fondante le istituzioni democratiche e liberali. Il tratto distintivo del pensiero liberal-democratico non è infatti l'invenzione del principio di uguaglianza, che è preordinato rispetto al diritto e alle sue cristallizzazioni, ma la generalizzazione dello stesso, ovvero l'aver reso uomini questuanti, desideranti, litiganti di pari rango o dignità. Nel diritto pubblico questo è avvenuto attraverso la regola della decisione a maggioranza e nel diritto civile attraverso lo strumento della libera scelta consapevole come frutto del principio di autonomia contrattuale. Non si è quindi uguali come proprietari o contraenti, ma come individui che godono di un uguale diritto a vivere una vita piena dove aspirazioni, idee e volontà diverse hanno tutte la stessa dignità. Questo non esclude il contemperamento di interessi diversi, che è la funzione principale del diritto, a patto che le valutazioni conseguenti siano giustificabili nel senso della

promozione della convivenza e dell'incremento del benessere individuale e sociale. In definitiva, la sostanza di queste scelte rimane oggetto delle più svariate valutazioni di opportunità ma il liberalismo democratico le impone un contenuto negativo minimo : escludere che la finalità abbia al suo centro la degradazione del soggetto ad oggetto o mero termine materiale di interessi individuali e collettivi o finalità altrui. Solo in questo senso l'art. 3 della Costituzione dispiega tutta la sua pienezza etica.

E qui assume rilievo nuovo la figura dello stato di necessità, che è stata, in maniera controversa, richiamata nel diritto internazionale come elemento giustificante il diniego dei diritti fondamentali dei "soggetti non-combattenti" (i terroristi attentatori, nei confronti dei quali anche la tortura è stata resa ammissibile), ma che, se valutata sotto un altro profilo, può essere l'espedito attraverso il quale affermare pienamente la propria dignità, sociale piuttosto che individuale, e fungere da corollario all'espressione del libero consenso contrattuale. Lo stato di necessità - nel caso della dignità sociale è soprattutto quello economico che si pone in rilievo - potrebbe evitare che le decisioni sull'uso strumentale del proprio corpo siano non più sottoponibili ad atti d'imperio, ma alla mediazione dello strumento della libertà consensuale. All'accordo lecito e a tutti gli effetti obbligatorio, o al patto riprovato, l'esperienza legislativa e giurisprudenziale offre una serie di utilizzabili varianti regolamentari, tutte accomunate dall'idea sottintesa che pur lasciando piena la disponibilità circa il proprio corpo certe utilità promananti dalla persona non possano costituire oggetto di obbligazione. Fra questi ricordiamo il contratto non consensuale che si perfeziona solo al momento dell'effettiva esecuzione della prestazione incidente sul corpo; l'attribuzione gratuita condizionata al compimento della prestazione; l'atto di disposizione solidaristica circondato da cautele tali da resistere l'inquadramento nella categoria contrattuale stessa. L'applicazione di tali schemi è variabile dipendente dalla discrezionalità dell'interprete orientata dalla lettera dei principi costituzionali, dall'uso delle "clausole generali" ed è quindi inevitabilmente soggetta ad oscillazioni ed incertezze. Su tale versante anche il sostantivo dignità trova una applicazione sempre più crescente, ma per sottrarlo da quella dimensione naturalistica e filosofica che lo rende impalatabile alle logiche empiriche della scienza giuridica deve essere accompagnato dal termine "pari".

La recente ultima campagna elettorale per le elezioni nazionali ha avuto come slogan di successo il "non mettiamo le mani nelle tasche degli italiani"; giuridificando questo slogan si potrebbe concludere che esso rappresenta il maggior pregio della tradizione liberale. Esso evoca, infatti, l'idea di fastidio, quasi fisica, di una intrusione clandestina sulla persona. E se la intromissione dello stato è giustificata molte volte dal fallimento della mano invisibile smithiana, non è accettabile quando ad essere in gioco sono le qualità individuali della persona e il suo vivere.

BIBLIOGRAFIA

A

- G. ALPA, *Corso di sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996.
- ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford, 1995; *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979.
- AA.VV., *Towards an European Civil Code*, L'Aja, Kluwer, 1998.

B

- A. BARBERA (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, Laterza, 1997.
- BELVEDERE-GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001.
- S. BENTIVEGNA, *Teoria della comunicazione di massa*, Roma-Bari, 2003.
- R. BIFULCO, *Scritti in memoria di Livio Paladini*, Novene, Napoli, 2004.
- BIGLIAZZI-GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967.
- BIANCA, *Diritto civile 1, la norma. Soggetti*, Milano, 1985 ; *Diritto Civile 2, La famiglia e le successioni*, Milano, 1978.
- N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1992.
- BRAIBANT, *La charte des droits fondamentaux de l'Union Europeenne*, Parigi, 2001.
- R. BROWNSWORD, *Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity*, New York, 1991.
- F.D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto private. Frammenti di un dizionario*, Torino, Giappichelli, 2001.

C

- A. CHASIN, *Selling Out : the Gay and Lesbian Movement Goes to Market*, Oxford University Press, 2003.
- G. CATTANEO, *La Costituzione e il diritto familiare nella dottrina civilistica italiana dell'ultimo quarantennio*, 1993.
- CHESHIRE – FIFOOT, *Law of Contract*, London, 1986.
- H. COLLINS, *The Law of Contract*, London, 1993.

G. COMANDE', *Persone e tutele giuridiche*, Torino, Giappichelli, 2003 ; *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2004.

R. CUBEDDU, *Atlante del Liberalismo*, Roma, 1997.

D

D'ADDINO – SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*.

D'ARRIGO, *Autonomia privata e identità fisica*, Milano, 1999.

DIGESTO DISCIPLINE PRIVATISTICHE, TORINO, 1987.

DIGESTO/PUBBLICO, TORINO, 1993.

E

ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO, XXXIII, MILANO.

M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, Cedam, 2003.

M. ERTMAN – J.C. WILLIAMS, *Rethinking Commodification : Cases and Readings in Law and Culture*, New York University Press, 2003.

F

FRIED, *Contract as a Promise, a Theory of Contractual Obligation*, Harvard, 1981

D. FRIEDMAN – D. BARACK-EREZ (eds), *Human Rights in Private Law*, Oxford, Art Publishing, 2001.

FUSI, *I contratti della pubblicità*, Torino, 1999.

G

GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1983.

U. GALIMBERTI, *Psiche e teche. L'uomo nell'età della tecnica*, Feltrinelli, Milano, 1999.

G. GIORGIANNI, *La riforma del codice civile*, Roma, 1966.

C. GIRARD, S. HENNETTE-VAUCHEZ, *La dignità de la persone humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, Paris, Presses Universitarie de France, 2005.

H

F. HAYEK, *The Road to Serfdom*, Chicago, 1994 ; *Legge , legislazione e libertà (1973 – 1974)*, trad. It, Milano, 2000.

I

N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Ed. Laterza, 2001.
IUDICA-ZATTI, *TRATTATO DI DIRITTO PRIVATO*, MILANO, 1990.

L

N. LIPARI, *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Roma, Edizioni Studium, 2004.
A. LUCAS, *The Currency of Sex : Prostitution, Law and Commodification*, Princeton Review, 2001.
M. LUCIANI, *La produzione economica private nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983.

M

A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTA', *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001.
M. R. MARELLA, *I diritti fondamentali e le corti in Europa*, Napoli, 2005.
G. MARINI, *Promessa e affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995.
J. MARITAIN, *Approches sans entraves : scritti di filosofia cristiana*, Città Nuova, Roma, 1977.
L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, 1985.
MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.
P.G. MONATERI, *La neutralizzazione del diritto pubblico nazionale da parte del diritto comunitario : un destino inevitabile ?* Giappichelli Editori, 2006, Torino.

N

P. NERI, *I fondamenti biblici dell'età cristiana*, Bologna, 1996.
R. NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, 1974.

O

R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1968.

P

F.C. PAPPARO, *Sguardi sul mondo attuale*, Milano, 1994, traduzione italiana di *La libertà dello spirito*, di Pierre Valéry.
POSTER, *Economic Analysis of Law*, Boston, 1968.

R. POST, *Dignity, Autonomy and Democracy*, University of California Berkeley, 2000.

R

R. RACINARO, *La lotta per il diritto*, traduzione italiana di R. Shering.

J. RATZINGER, *Introduzione al cristianesimo*, Brescia, 2005.

R. RAWLINGS, *Law, Society and Science 1895-1995*, Oxford, Clarendon, 1997.

P. RESCIGNO, TRATTATO DI DIRITTO PRIVATO, Appendice di Aggiornamento, 22, Torino, 1991; INTRODUZIONE AL CODICE CIVILE, Roma-Bari, 1992.

S. RODOTA', *Da soggetto a persona*, Roma, 2008.

D. RUSHBROOK, *Cities and Queer Space : Staking a Claim to Global Cosmopolitanism*, Random House, New York, 2001.

S

J.M SEARLE, *The Construction of Social Reality*, Free Press, New York, 1995.

A. SEN, *Identità e Violenza*, Editori Laterza, Roma Bari, 2006.

SICLARI (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Torino, 2003.

U

Ulpiano, *Digesto*.

V

VACCA, *Causa e contratto nella prospettiva comparatistica*, Torino, 1991.

G. VETTORI (a cura di), *Contratto e costituzione in Europa : Convegno di studio in onore del Prof. Giuseppe Benedetti*, Padova, Cedam, 2005 ; *Diritto dei contratti e Costituzione Europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, Giuffrè, 2005.

U. VINCENTI, *Il diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Roma-Bari, 2007.

G. VISMARA, *Scritti di storia giuridica, vol. V, la famiglia*, Giuffrè, Milano, 1988.

W

T. WILHELMSSON, S. HURRY (eds.), *From Dissonance to Sense : Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law, USA-Singapore-Sidney*, Ashgate, Aldershot-Brookefield, 1999.

Z

G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma Bari, 2003.

G. ZANGARI (a cura di), *Studi in onore di G. Chiarelli*, Milano, Giuffrè, 1974.

GIURISPRUDENZA

1731

Astley v. Reynolds 2 STRA 915

1787

Evans v. Llewelin, 1 COX 333

1866

Tate v. Williamson, 2 Ch. D. 312

Williams v. Bayley, L.M. 200

1881

Akerblom v. Price, 7 Q.B.D 129

1883

Green v. Duckett 11. Q.B.D. 275

1888

Fry v. Lane, 40 Ch. D. 312

1915

Maskell v. Corner, 3 K.B. 106

1956

17 Agosto, BVerfG

1958

12 Novembre, BVerfG

1957

22 Giugno, App. Roma

1971

Hodgson v. Marks, 2 All. ER 684

1974

Schroeder Music Publishing Co. V Macauley, I, WLR

1975

25 Febbraio, BVerfG

1978

7 Marzo, Pretura di Roma

1981

15 Dicembre, BVerwG

1982

26 Maggio, Pretura di Torino

20 Dicembre, Pretura di Gallarate

1984

11 Agosto, Pretura di Montebelluna

1985

National Westminster Bank v. Morgan, AC 686

Hart v. Condor, 2 All ER 880

1987

9 Aprile, Cassazione n. 3480

1988

11 Febbraio, Corte Costituzionale Italiana

1990

30 Gennaio, BVerwG

9 Maggio, Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo, ricorso n. 1464/89

1991

Corte Suprema di Israele, CA 249

28 Gennaio, Pretura di Genova

Moore v. The Regents of the University of California, 793 p 2d 479 (Cal. 1990), cert. denied, III, S. CT. 1388.

4 Novembre, ordinanza Pretura di Eboli

1992

31 Ottobre, Tribunale di Roma

1993

29 Marzo, Tribunale di Roma

28 Maggio, BVerfG

1995

8 Marzo, Corte Costituzionale D'Ungheria

27 Ottobre, Conseille D'Etat Ass.

1996

6 Marzo, Cour de Cassation, 3e Civ.

28 Maggio, Corte d'Appello di Parigi, 1er Ch. A)

1998

9 Giugno, BGH

1999

16 Luglio, Ordinanza Tribunale di Roma

2000

30 Marzo, Ordinanza Tribunale di Milano

17 Luglio, Corte Costituzionale, n. 293

18 Ottobre, Corte Costituzionale, n. 428

17 Novembre, Cour de Cassation, Ass. Plèn

12 dicembre, Tribunale Costituzionale Federale Tedesco

South – Africa National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v. Minister of Home Affairs and Others, (2) SA 1 (CC)

2001

27 Giugno, Consiglio Costituzionale Francese, Decisione n. 446 DC

9 Ottobre, Corte di Giustizia Europea (C-36/02)

20 Novembre, Corte di Giustizia Europea (C- 269/99) e (C- 268/99)

2002

10 Luglio, Corte di Cassazione, II, n. 10000

Gosselin v. Quebec Attorney General, S.C.R, 429

2003

12 Giugno, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, decisione n. 35968/97

Lawrence v. Texas, U.S 588

2004

14 Ottobre, Corte di Giustizia Europea (C-36/02)

15 Novembre, Tribunal Constitutional, recurso de amparo, n. 196/2

Furie and Bonthuys v. Minister of Home Affair and Another, case n. 232/2003

2006

15 Febbraio, BVerfG

