



**TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO**

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL  
ISSN: 2036-2528

Laura Solidoro

**Formazione e trasformazione  
dei diritti umani.  
Il contributo dell'esperienza romana e  
l'attuale uso della categoria 'persona'**

**Numero XII Anno 2019**  
*[www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com](http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com)*



Proprietario e Direttore responsabile  
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Triscioglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano)

Segreteria di Redazione

G. Crescenzo, C. De Cristofaro, G. Durante, P. Pasquino

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro  
Via R. Morghen, 181  
80129 Napoli, Italia  
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche  
(Scuola di Giurisprudenza)  
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Iscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

## Come Collaborare

I contributi, conformi ai criteri di citazione indicati sul sito web della rivista, non superiori ai 98.000 caratteri, dovranno essere inviati all'indirizzo di posta elettronica della Redazione con l'indicazione della qualifica, della città e della nazione di residenza degli Autori (sede universitaria o Foro di appartenenza o Distretto notarile) e, se si desidera, dell'indirizzo di posta elettronica (che verrà pubblicato in calce al contributo). Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme con il testo da pubblicare, due 'abstract', di cui uno in lingua diversa da quella del contributo, e 'parole chiave' nelle due lingue.

'Teoria e storia del diritto privato' subordina la pubblicazione dei contributi che pervengono alla Redazione alla sola approvazione da parte del Comitato scientifico, che si riserva di escludere dalla pubblicazione gli articoli che non risulteranno in linea con il programma scientifico della Rivista. Tuttavia, in considerazione dei nuovi parametri introdotti dalle Sedi universitarie per la valutazione dei lavori scientifici e per l'accreditamento, se l'Autore ne fa richiesta, ciascun saggio pervenuto alla Rivista può essere valutato da due Referees. I Referees sono Colleghi, in ruolo o in quiescenza, cui la Direzione e il Comitato scientifico della Rivista – in attesa considerazione sia del settore scientifico-disciplinare cui risulta riferibile il saggio da valutare, sia della professione dell'Autore – chiedono di effettuare un processo di valutazione anonimo, inviando con e-mail l'articolo, privo del nome dell'Autore e di tutti i riferimenti alla sua identità (si invitano perciò gli Autori interessati alla valutazione dei Referees a far pervenire alla Redazione due files del saggio, di cui uno risulti privo di ogni riferimento alla propria identità). Nella fase della valutazione, pertanto, i Referees non conoscono l'identità dell'Autore e, a sua volta, l'Autore non conosce l'identità dei Referees che valutano il suo contributo (c.d. doppio cieco, *double blind*). La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (*report*), che viene inviata con e-mail all'Autore. Dopo aver esaminato le due relazioni dei Referees, il Direttore responsabile e il Comitato scientifico decidono se pubblicare il saggio, o respingerlo, o richiederne una revisione (in tale ultimo caso la nuova versione viene inviata ai Referees per un secondo giudizio). Ai fini della pubblicazione, il giudizio dei Referees non è vincolante, perché la Direzione e il Comitato scientifico decidono in ultima istanza se pubblicare l'articolo o rifiutarlo, soprattutto qualora si verifichi una divergenza di opinione tra i Referees. Il *report* dei Referees consiste in un commento, schematico o in forma discorsiva, composto di due parti. Nella prima parte si espone un giudizio sui seguenti punti: 1) Attinenza del tema trattato alle finalità della Rivista; 2) Originalità o rilevanza della trattazione; 3) Correttezza del metodo e coerenza delle argomentazioni; 4) Attenzione critica per la letteratura sul tema trattato; 5) Livello di comprensibilità da parte dei lettori della Rivista (accademici e professionisti). Nella seconda parte del *report*, il Referee giudica il lavoro come: a) pubblicabile, oppure b) non pubblicabile, oppure c) pubblicabile con modifiche (specificandole).

Sarà cura della Redazione della Rivista comunicare all'indirizzo di posta elettronica degli Autori l'accettazione del contributo e la data di pubblicazione dello stesso.

'Teoria e storia del diritto privato' è una rivista a formazione progressiva: i contributi, pertanto, previa approvazione del Comitato scientifico, verranno inseriti nel sito in corso d'anno, circa 60 gg. dopo l'arrivo in Redazione.



**FORMAZIONE E TRASFORMAZIONE  
DEI DIRITTI UMANI.  
IL CONTRIBUTO DELL'ESPERIENZA ROMANA E  
L'ATTUALE USO DELLA CATEGORIA 'PERSONA'**

**SOMMARIO:** 1. *Lo 'status quaestionis'* – 2. *Modelli, categorie, valori alla base dei moderni diritti umani: il lascito del diritto romano* – 3. *Limiti e pregi del pensiero giuridico romano in materia di protezione giuridica della 'persona'* – 4. *Il principio di uguaglianza, tra diritti umani e diritti animali* – 5. *La persona come 'soggetto di diritto': uno schema da obliterare?*

1. *Lo 'status quaestionis'*

Da circa due secoli si verifica un continuo, massiccio transito negli ordinamenti giuridici interni e transnazionali di valori e istanze assoluti – quali libertà, giustizia, dignità, uguaglianza –, già affermatasi e per lungo tempo stazionati nella sola sfera metagiuridica<sup>1</sup>. Si tratta dei 'diritti umani', anche detti 'diritti fondamentali'. Una delle loro caratteristiche è stata vista nella pervasività rispetto all'intera esperienza giuridica: l'ermeneutica dei diritti umani permea di sé tutto il diritto positivo e giurisprudenziale, contribuendo addirittura a rimodellarne il

---

<sup>1</sup> V. sul punto F. VIOLA, *Le sfide del diritto contemporaneo alla scienza giuridica*, in *Scienza giuridica e prassi. Convegno ARISTEC (Palermo 26-28 novembre 2009)*, a cura di L. Vacca, Napoli, 2011, 75 ss., specialm. 76; la derivazione della speculazione giuridica da enunciati filosofici era già stata bene messa in luce da K.M. GIRARDET, *Menschenrechte, europäische Identität, antike Grundlagen – Einführung in die wissenschaftliche Problematik*, e da M. STEPANIANS, *Menschenrechte als moralische Rechte und als juristische Rechte*, entrambi in *Menschenrechte und europäische Identität. Die antike Grundlagen*, hrsg. von K.M. Girardet und U. Nortmann, Stuttgart, 2005, rispettivamente alle pp. 19 ss. e 270 ss.

concetto generale<sup>2</sup>. Dal momento, però, che per interpretare, concretizzare e implementare i diritti umani occorre fare ricorso a un complesso di dottrine politiche e morali non universalmente condivise, non sempre la ‘fondamentalizzazione’ dei diritti si è svolta, e si svolge, lungo un percorso rettilineo.

In materia di diritti umani, assistiamo negli ultimi anni ad una continua rimodulazione di discipline che erroneamente credevamo pervenute ad un punto di ‘non ritorno’. Si pensi, per esempio, al progressivo, «radicale svuotamento delle garanzie costituzionali del lavoro subordinato»<sup>3</sup> verificatosi di recente in Italia, con la relativa compressione di quel «pieno sviluppo della persona umana», menzionato nell’art. 3, comma 2, Cost. Dopo la ‘fondamentalizzazione’ del diritto del lavoro, a seguito della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU), sembrava improponibile l’eventualità di una *deregulation*, che pure, contro ogni aspettativa, si sta realizzando in buona parte dei Paesi europei<sup>4</sup>; e della quale, paradossalmente, si indicano come responsabili proprio i ‘diritti umani’, in quanto preteso prodotto di una concezione prettamente liberale del rapporto di lavoro subordinato<sup>5</sup>. Questa vicenda, peraltro meramente esemplificativa, costituisce l’ennesima dimostrazione di come la storia dell’affermazione dei diritti umani non segua mai un percorso

---

<sup>2</sup> F. VIOLA, *Le sfide*, cit., 76.

<sup>3</sup> Così A. PROTO PISANI, *Tutela del lavoro e della persona nella Costituzione*, ne *Il Tetto*, 322/4, 2017, 63 ss., specialm. 66.

<sup>4</sup> Articolata trattazione in J. MOULY, *La fondamentalisation du droit du travail*, in *Revue de Droit d’Assas*, 11, 2015, 93 ss.

<sup>5</sup> Così, lungo una linea di pensiero sensibilmente influenzata da una concezione marxista del diritto del lavoro, si esprime I. MEYRAT, *Droits fondamentaux et droit du travail: réflexion autour d’une problématique ambivalente*, in *Droit Ouvrier*, 648, Juillet 2002, 343 ss.; il saggio, che espone in sintesi i contenuti della tesi di laurea della studiosa francese, è stato poi sviluppato nella monografia dal titolo *Droit fondamentaux et droit du travail*, Lille, 2004.

lineare e costante<sup>6</sup>, orientato verso l'incremento degli stessi in favore delle parti sociali più deboli, neppure nei Paesi a regime democratico.

Altro problema, oggetto di fitto dibattito, è quello della applicazione ancora solo parziale degli enunciati riconducibili ai 'diritti dell'uomo', che spesso risultano scarsamente operativi per genericità, oppure per ambiguità e contraddittorietà<sup>7</sup>. Qual è insomma oggi l'effettività dei diritti umani? È possibile conferire loro maggiore concretezza, e comporre le tante, inevitabili discrasie che il loro lunghissimo elenco comporta? Il linguaggio dei diritti fondamentali è troppo ridondante, si è obiettato<sup>8</sup>. È allora compito dell'interprete distinguere la mera retorica dai nuclei concettuali passibili di una realizzazione su larga scala. Di qui la necessità di ripercorrere anche la strada delle categorie, così come quella delle 'parole': il lessico dei diritti umani è infatti radicato nella storia del linguaggio occidentale, e può costituire un valido ausilio, o viceversa un consistente ostacolo, alla realizzazione degli stessi.

Le sorti dei diritti umani vanno perciò necessariamente osservate in una prospettiva storica, mirata a individuare non soltanto i flussi di pensiero e i nuclei concettuali di volta in volta determinanti nella loro creazione, e poi nel loro consolidamento o, viceversa, affievolimento; ma anche nel significato e nei mutamenti semantici delle 'parole'. I 'diritti umani' – è stato scritto<sup>9</sup> – sono 'diritti storici' «non soltanto perché sono nati in circostanze particolari, si sono evoluti in contesti definiti, sono stati caratterizzati da lotte di grande portata per la libertà e l'uguaglianza che si sono riproposte nel tempo in maniera diversa e articolata;

---

<sup>6</sup> V. le osservazioni di N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1997, XIII; A. FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, Bologna, 2010, 11.

<sup>7</sup> Sulla questione si tornerà in sede di conclusioni, oltre, § 5, dove ragguagli bibl.

<sup>8</sup> Riferimenti bibl. oltre, § 5.

<sup>9</sup> N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., XI s.

ma perché la stessa idea religiosa o naturale, politica o positiva in cui si è voluto trovare la loro radice e legittimità si è trasformata nel tempo, ha conosciuto declinazioni differenti, è stata influenzata da eventi storici precedenti e coevi e ha contribuito a influenzare quelli successivi»<sup>10</sup>.

Quando si voglia esaminare il tema dei diritti fondamentali sul piano storico, e quindi nell'ambito di un'analisi diacronica, dunque, non pochi sono i problemi da affrontare. Tra questi, vanno senz'altro annoverati: la ricerca degli stadi della civiltà umana in cui hanno trovato la loro origine i vari diritti umani, che oggi diciamo fondamentali; l'individuazione dei contesti politici e istituzionali in cui questi si sono affermati; lo studio del lessico e dei mutamenti semantici collegati con i diritti dell'uomo; l'osservazione delle oscillazioni riscontrabili nelle loro successive dinamiche evolutive; la necessità di distinguere le mere declamazioni dei diritti (valga per tutti l'esempio dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge o dell'assolutezza del diritto di proprietà privata, affermate nel Codice Napoleone del 1804 in Francia) dalla loro effettività, intesa come traduzione in pratiche operative, sostenute da specifici strumenti di tutela in sede giurisdizionale.

La risposta al primo degli interrogativi ora elencati – se già gli ordinamenti giuridici antichi conoscessero e applicassero in concreto il concetto di 'diritti fondamentali dell'uomo' – dipende dall'accezione con cui si voglia intendere la locuzione 'diritti umani'. Al fine di non ingenerare equivoci, è bene precisare subito che la nascita (si è scritto al riguardo di una vera e propria 'invenzione'<sup>11</sup>) dei 'diritti dell'uomo', se intesa in senso stretto,

---

<sup>10</sup> M. FLORES, *Storia dei diritti umani*, Bologna, 2008, 8 s., 13.

<sup>11</sup> L. HUNT, *Inventing Human Rights*, New York, 2007, la cui terminologia considero appropriata a condizione di interpretare il termine 'invenzione' nel suo più antico significato di 'il trovare', 'il portare alla luce' (dal latino *invenire*).

risale al XVII-XVIII secolo ed è frutto del pensiero filosofico moderno, poi ricaduto sulle costruzioni giuridiche. Nelle età precedenti possono essere soltanto ricercati i germi, i prodromi di questo fenomeno, ovvero i primi segnali di valorizzazione e di tutela della persona in quanto tale.

Va premesso, altresì, che l'ambito giuridico non è stato il primo in cui si è venuta formando l'istanza di particolari misure di protezione della persona. Le ricerche di Marcello Flores<sup>12</sup> e un recente studio di Maria Luisa Biccari<sup>13</sup> hanno messo bene in evidenza come il nucleo più antico di comandi posti a tutela dell'uomo si rinvenga nei testi sacri, tra cui i Veda induisti, la Bibbia cristiana, il Corano islamico. Questo originario messaggio religioso ha poi trasmesso l'esigenza del rispetto per l'essere umano al pensiero filosofico incentrato sullo sviluppo morale dell'umanità<sup>14</sup>, e quindi alla sfera giuridica<sup>15</sup>.

Lo stretto legame tra precetti religiosi, speculazione filosofica e prescrizioni giuridiche si può dire consustanziale al tema dei diritti umani: lo dimostra il costante richiamo operato dai teorici della materia, di volta in volta, o al dono divino, o alla legge di natura, o alla rispondenza agli ideali di giustizia e di libertà<sup>16</sup>. Tuttavia, sul piano della tecnica giuridica, non può non destare forti perplessità ogni tentativo di ricondurre l'origine dei diritti umani ai secoli precedenti l'era volgare, soprattutto per la difficoltà di

---

<sup>12</sup> M. FLORES, *Storia*, cit., 13 ss., 24 ss.

<sup>13</sup> M.L. BICCARI, *Piccole (grandi) tappe di storia antica nel percorso di emersione dei diritti umani*, in *Index*, 45, 2017, 722 ss., cui rinvio per un esauriente ragguaglio bibl. sul tema.

<sup>14</sup> Si v. soprattutto R. PIZZORNI, *Diritto, etica, religione. Il fondamento metafisico del diritto secondo Tommaso d'Aquino*, Bologna, 2006.

<sup>15</sup> Approfondimenti in M. PERA, *Diritti umani e cristianesimo. La Chiesa alla prova della modernità*, Venezia, 2015.

<sup>16</sup> Lo sottolinea M.L. BICCARI, *Piccole (grandi) tappe*, cit., 725 s.

riconoscere l'affermazione dei 'diritti della persona' in un'epoca storica in cui non era neppure comparsa la nozione di 'diritto soggettivo'<sup>17</sup>.

È a tutti ben noto che la nozione di 'diritto soggettivo' e la successiva formazione dei diritti umani di prima generazione (diritto alla vita e alla integrità fisica, diritto alla libertà di pensiero, di religione, di espressione, di stampa, di associazione, di partecipazione politica)<sup>18</sup> risalgono al pensiero giusnaturalista di Hugo de Groot (che nel 1625 propone una lista di diritti naturali applicabili a tutta l'umanità) e di Samuel Pufendorf (il quale nel 1672 definisce l'uomo come un essere eticamente libero e portatore di una dignità che lo accomuna a tutti gli altri uomini)<sup>19</sup>, all'opera degli scrittori inglesi, tra cui *in primis* Thomas Hobbes<sup>20</sup>, alla pubblicazione nel 1763 del *Trattato sulla tolleranza in occasione della morte di Jean Calas* di Voltaire e nel 1764 di *Dei Delitti e delle pene* di Cesare Beccaria, alla Dichiarazione dei Diritti della Virginia del 1776, alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, frutto della Rivoluzione francese<sup>21</sup>. E va sottolineato che le carte americane sono in assoluto i primi documenti dotati di valore

---

<sup>17</sup> Lo ribadisce con toni decisi M. VILLEY, *Il diritto e i diritti dell'uomo*, Siena, 2009, 87 s., 95 ss. Altra bibl. oltre, nt. 20.

<sup>18</sup> Sul punto, G. GILIBERTI, *Introduzione storica ai diritti umani*, Torino, 2012, 19 ss., 31 ss.

<sup>19</sup> Rinvio al riguardo a M. FLORES, *Storia*, cit., 38 ss.

<sup>20</sup> Si v. in particolare, tra la lett. più recente sul tema, M. VILLEY, *Il diritto*, cit., 162 ss.; A. FACCHI, *Breve storia*, cit., 26; V. FERRONE, *Storia dei diritti dell'uomo. L'illuminismo e la costruzione del linguaggio politico dei moderni*, Roma-Bari, 2014. Sul Leviatano di Hobbes, in connessione con l'origine dei diritti umani, v. pure oltre, nel testo.

<sup>21</sup> Dettagli in M. FLORES, *Storia*, cit., 63 ss., 66 ss., 70 ss.; G. GILIBERTI, *Introduzione*, cit., 69 ss.,

giuridico –oltre che politico – nei quali viene attribuita all’essere umano la titolarità dei diritti soggettivi<sup>22</sup>.

Tuttavia, atteso che nel campo del diritto nulla si crea *ex abrupto*, dal nulla, resta valido e ben giustificato ogni tentativo di risalire ai primi movimenti di pensiero e ai più risalenti provvedimenti provenienti dalla sfera pubblica, intesi a tutelare la persona in quanto tale<sup>23</sup>. E ciò specie se si considera e si condivide quanto osservato da Biondo Biondi<sup>24</sup> circa le tracce di un primo nucleo di ‘diritti soggettivi’ affiorati grazie alla legislazione degli imperatori romani cristiani, i quali avrebbero concepito quei diritti come di emanazione divina e dunque preesistenti ad ogni precetto giuridico; o se addirittura si accetta la più radicale impostazione di Giuliano Crifò<sup>25</sup>, secondo cui, in buona sostanza, il Cristianesimo altro non avrebbe fatto che riproporre la teoria stoica dei diritti della personalità, risalente già ai primi secoli dell’era volgare.

Secondo Crifò, nella cultura romana già si intravede «la giusta direzione di una dottrina dei diritti fondamentali. Quella realtà si

---

<sup>22</sup> Lo sottolinea G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I. *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, 615 ss.

<sup>23</sup> È questo l’approccio più cauto, già praticato in Italia da L. LABRUNA, *Diritti dell’uomo, tradizione romanistica e ‘humanitas’ del diritto*, in *Turisprudencia universalis*. *Festschrift für Th. Mayer-Maly zum 70. Geburtstag*, Köln-Weimar-Wien, 2002, 379 ss.; ID., *Entre Europa y América Latina: principios jurídicos, tradición romanistica y ‘humanitas’ del derecho*, in *Trent’anni di ‘Index’*, Napoli, 2007, 39 ss.; F. MERCOGLIANO, *Trovare ovunque un minimo di legalità e di cultura... Diritti umani e fondamenti romanistici dell’Unione Europea*, in ID., *Fundamenta*<sup>2</sup>, Napoli, 2012, 59 ss., specialm. 74 ss.; ora anche in ID., *Hostes novi cives*. *Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*, Napoli, 2017, 106 ss.; altri spunti in K.M. GIRARDET, *Menschenrechte*, cit., 23 ss., 31 ss.

<sup>24</sup> B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, I. *Orientamento religioso della legislazione*, Milano, 1952; ID., *Il diritto romano cristiano*, II. *La giustizia, le persone*, Milano, 1952.

<sup>25</sup> G. CRIFÒ, *Libertà e uguaglianza in Roma antica. L’emersione storica di una vicenda istituzionale*, Roma, 1984 (rist. 1996), 279 ss.; v. anche ID., *Per una prospettiva romanistica dei diritti dell’uomo*, in *Menschenrechte*, cit., 240 ss.

rispecchia ad esempio nello *ius libertatis* di Sallustio e negli *iura libertatis* di Cicerone, nell'endiadi *ius et libertas*, nell'affermazione che la *libertas* deve essere preferita all'*amicitia*, e che insieme, si trova sullo stesso piano dei *bona necessaria*, come la vita e le relazioni familiari. Essa si rispecchia nella protezione di *pudor ac verecundia* (Cic. *de fin.* 4.18) [...], nei valori della *dignitas* e dell'*existimatio*, così come nel campo di applicazione ad esempio dell'*actio iniuriarum* o dell'*actio legis Aquiliae*. Si tratta di diritti di cui ogni cittadino può godere: *aequitas iuris id est libertas*»<sup>26</sup>.

Ma c'è di più. Anteriormente all'esperienza giuridica romana, nel VI sec. a.C. alcuni 'diritti' di libertà individuale (facoltà di vivere secondo i costumi locali, libertà di movimento, abolizione della schiavitù, tolleranza religiosa etc.) risultano garantiti dall'imperatore della Persia, Ciro, in un editto conosciuto come 'Cilindro di Ciro' e «passato alla storia come prima carta dei diritti dell'uomo»<sup>27</sup>. Anche se di un vero e proprio atto fondativo di 'diritti' certamente non si tratta.

Nell'affrontare il tema, perciò, non è possibile prescindere dalla questione pregiudiziale di carattere più generale, sopra

---

<sup>26</sup> G. CRIFÒ, *Libertà*, cit., 315. Il testo è stato di recente oggetto di puntuale commento da parte di M.L. BICCARI, *Diritti fondamentali dell'uomo e diritto romano: tra valori di civiltà e 'ius naturale'*, in *JusOnline*, 2, 2017, 114 ss. Di particolare interesse mi sembra la prospettiva con cui G. CRIFÒ, *Libertà*, cit., 315, e G. BASSANELLI SOMMARIVA, *L'iniuria' nel diritto penale del quarto e quinto secolo*, *AARC*, VIII, *Convegno Internazionale, Spello-Perugia 29 sett.-2 ott. 1987*, Napoli, 1990, 651 ss., specialm. 660, sviluppando gli spunti offerti da J. GAUDEMET, *Des 'droits de l'homme' dans l'antiquité?*, in *Études dédiées à H. Ankenum à l'occasion de son 65<sup>e</sup> anniversaire*, I, Amsterdam, 1995, 7 ss., guardano all'*actio iniuriarum*, quale strumento utilizzato dal pretore per tutelare situazioni nuove, quali l'accesso alle *res communes omnium* (soprattutto con riguardo al diritto alla pesca nel mare), la salubrità dell'ambiente, il pudore, l'onore, la reputazione, personalità e valore dell'essere umano. Sul punto, v. oltre, nel testo, § 2.

<sup>27</sup> Dettagli e bibl. in M.L. BICCARI, *Piccole (grandi) tappe*, cit., 734 s.

accennata: nei diritti antichi, sebbene non manchino prodromi delle concezioni moderne (che individuerei nelle locuzioni ove figura il *dativus commodi*: ‘*ius alicui esse*’<sup>28</sup>), la nozione specifica e tecnica del ‘diritto soggettivo’ non era stata ancora configurata<sup>29</sup>. E in un certo senso questa constatazione potrebbe precludere *in toto*, in via pregiudiziale, la discussione su un eventuale riconoscimento dei diritti umani nell’antichità; soprattutto, poi, se si tiene presente l’attuale assetto dei diritti umani, ormai pervenuti alla loro ‘quarta generazione’<sup>30</sup>.

Del problema in oggetto si discute in maniera analitica almeno dal 1987, anno di pubblicazione nella rivista napoletana *Labeo* di un provocatorio articolo di Jean Gaudemet, dal titolo *Des ‘droits de l’homme’ ont-ils été reconnus dans l’Empire romain?*<sup>31</sup>, cui poi hanno fatto seguito altri studi dello stesso A., incentrati sul

---

<sup>28</sup> Locuzioni che paiono indicare il ‘diritto oggettivo’ di cui il *civis Romanus* è ammesso a trarre vantaggio. Emblematico, al riguardo, Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8.5 (*ius ei non esse*). Discussione sul punto in A. GUARINO, *L’ordinamento giuridico romano*<sup>5</sup>, Napoli, 1990, 112 ss.

<sup>29</sup> Come già sopra (nel testo e alle note 11, 19-22 ) ricordato, è solo con il giusnaturalismo moderno che accanto al concetto di ‘diritto oggettivo’ compare il concetto di ‘diritto soggettivo’. V. soprattutto, oltre alla bibl. sopra segnalata, M. VILLEY, *Les origines de la notion de droit subjectif*, in ID., *Leçons d’histoire de la philosophie du droit*, Paris, 1962 (ried.), 221 ss. Altra bibl. in C. LANZA, *Diritto romano e diritto moderno. Processi di ‘decontestualizzazione’*, Torino, 2000, 8 s., 30 ss.; v. pure quanto espongo in sintesi in L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, II. *Dalla crisi dello ‘ius commune’ alle codificazioni moderne*<sup>2</sup>, Torino, 2010, 38 s.

<sup>30</sup> Ampia esposizione in N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, cit.; G. GILIBERTI, *Introduzione*, cit., 31 ss.; U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Roma, 2009, 59 s.; P. DE STEFANI, *Diritti umani di terza generazione*, in *Aggiornamenti sociali*, 1, 2009, 13.

<sup>31</sup> In *Labeo*, 33, 1987, 7 ss.

medesimo tema<sup>32</sup>, ma, più nell'immediato, la pubblicazione, nel 1988 dell'articolo di Adalbert Poláček, impostato secondo le logiche della continuità storica e significativamente intitolato *Human Rights. The Secret Legacy of Antiquity*<sup>33</sup>. *Ius suffragii, ius honorum, ius connubii, ius commercii, ius exilii, ius sacrorum* etc. si possono considerare gli antecedenti dei moderni diritti umani?

Al quesito circa la possibilità di un riconoscimento dei diritti umani (nel senso moderno dell'espressione) già nella civiltà giuridica romana, Gaudemet rispondeva che una risposta negativa sembrava imporsi, senza neppure bisogno di una lunga discussione. E richiamava al riguardo l'istituto della schiavitù, lo *ius vitae ac necis* riconosciuto al *pater familias* nei confronti dei sottoposti, le incapacità delle *feminae*, la condizione dei coloni e dei curiali, l'ereditarietà dei mestieri, le persecuzioni o discriminazioni conseguenti alla scelta di un credo religioso etc. Eppure, lo studioso ammetteva da un lato che l'espansione romana, il conseguente contatto con le culture provinciali (segnatamente quelle greche) e poi la sinergia tra Cristianesimo e Impero avevano introdotto i Romani ai valori della *dignitas*<sup>34</sup> e della *humanitas*; e per altro verso che i diritti umani fondamentali, individuati tra XVI e XVIII secolo, si erano forgiati sulla condizione giuridica del *pater familias* e del *civis Romanus*, assumendo questi due *status* maschili

---

<sup>32</sup> J. GAUDEMET, *Des 'droits de l'homme'*, cit., 105 ss.; ID., *Le Monde antique et le droits de l'Homme – Quelques observations*, in *Le monde antique et le droits de l'homme. Actes 50<sup>e</sup> Session SIHDA. Bruxelles 16-19 septembre 1996*, Bruxelles, 1998, 175 ss.

<sup>33</sup> A. POLÁČEK, *Human Rights. The Secret Legacy of Antiquity*, in *Estudios en homenaje al Profesor J. Iglesias*, II, Madrid, 1988, 1009 ss. Dello stesso A. v. pure *Diritti dell'uomo in età costantiniana*, in *AARC*, VIII, cit., 95 ss.

<sup>34</sup> Gaudemet cita al riguardo Cic. *off.* 1.106-115.

quale modello di uno statuto personale unico ed unitario, suggerito dallo *ius naturae*, così come concepito nella prospettiva stoica<sup>35</sup>.

Gaudemet effettuava siffatte constatazioni su solida base testuale. Se è vero che l'ordinamento giuridico romano non conobbe mai un elenco di diritti dell'uomo<sup>36</sup>, è però innegabile che la *scientia iuris* studiò attentamente la vasta gamma delle condizioni giuridiche della persona, all'epoca riconosciute, assegnando la pienezza delle attribuzioni e qualificazioni al solo cittadino maschio non sottoposto a potestà paterna: il *pater familias*<sup>37</sup>, 'corona del creato'<sup>38</sup>. Era questi ad esercitare sugli altri esseri umani a lui sottoposti (non soltanto gli schiavi, ma anche i figli e la moglie) un vasto novero di poteri, inizialmente assoluti<sup>39</sup>.

Poi, gli influssi della filosofia greco-romana e del Cristianesimo produssero non pochi temperamenti ai tradizionali poteri costrittivi degli uomini sugli altri uomini: si pensi alle notevoli limitazioni dello *ius vitae ac necis* nei confronti dei sottoposti, del diritto di vendere i figli, di maltrattare gli schiavi, alla progressiva equiparazione degli stranieri ai *cives*, al lento

---

<sup>35</sup> V. ora., sul punto, C. MASI DORIA, *Schutzrechte, Humanität, Grundrechte*, in *Index*, 39, 2011, 373 ss., specialm. 382 s.; A. TRISCIUOGGIO, *Diritti umani e principi del diritto amministrativo e fiscale. Tra Roma antica e attualità*, in *Urbe et Ius*, 14, 2015, 57 ss., specialm. 58.

<sup>36</sup> J. GAUDEMET, *Des 'droits de l'homme'*, cit., 22.

<sup>37</sup> F.P. CASAVOLA, *I diritti umani*, Milano, 1997, 3, ora in ID., *'Sententia legum' tra mondo antico e moderno*, III, Napoli, 2004, 365 ss.; ma v. già J. GAUDEMET, *Des 'droits de l'homme'*, cit., 9.

<sup>38</sup> V. ora J.F. STAGL, *Da 'qualcosa' a 'qualcuno', da 'qualcuno' a 'qualcosa'. Percorsi esatti ed errati del concetto di persona*, in *Fontes iuris. Atti del VI Jahrestreffen Junger Romanistinnen und Romanisten (Lecce, 30-31 marzo 2012)*, a cura di P. Buongiorno e S. Lohsse, Napoli, 2013, 87 ss., specialm. 98 s.

<sup>39</sup> Di recente, sul tema, M. DE SIMONE, *Studi sulla 'patria potestas'. Il 'filius familias' 'designatus rei publicae civis'*, Torino, 2017; G. RIZZELLI, *Padri romani. Discorsi, modelli, norme*, Lecce, 2017, con vasta rassegna di fonti e lett.

svuotamento di contenuti della *tutela mulierum* etc.; mutamenti, questi, molti dei quali legati – in età pre-cristiana – all'applicazione del criterio di *humanitas*<sup>40</sup>.

Il sistema romano degli *status* – si è di recente sottolineato<sup>41</sup> – ci risulta già notevolmente eroso nel I sec. d.C., come viene evidenziato dai *prudentes*, con la esplicitazione dell'idea che gli schiavi non erano da considerarsi propriamente mere *res*, bensì persone<sup>42</sup>. Ma, anche al di là del profilo teorico e terminologico, va tenuta nel debito conto la parziale rilevanza progressivamente assunta dai *contubernia* servili<sup>43</sup>, o dalle operazioni economiche cui gli schiavi avessero attivamente partecipato.

Ciononostante, la schiavitù non è mai stata abolita, così come la pluralità (e profonda diversità) degli statuti personali. Neppure il Cristianesimo si professava ostile alla schiavitù<sup>44</sup>. Perciò, asseriva

---

<sup>40</sup> Ampia trattazione in L. GAROFALO, *L'humanitas nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *D@S*, 4, 2005, anche in ID., *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi*, Padova, 2005, 1 ss.; N. DE PASCALI, 'Ratione humanitatis'. *Significati e implicazioni di un concetto nella legislazione di Marco Aurelio*, in *Ostraka*, 17, 2008, 1/2, 35 ss.; L. LABRUNA, *Diritti umani e umanità del diritto. Percorsi di una ricerca*, in *Studi in onore di R. Martini*, II, Milano, 2009, 430 ss.; G. GILIBERTI, *Introduzione*, cit., 47 ss.; sintetici, ma significativi cenni in P. GIUNTI, *I diritti umani e il diritto romano: quali categorie per quali prospettive*, in *Estudios em Homenagem a L.F. Corrêa Fattori*, Sao Paolo, 2004, 299 ss., specialm. 300, e in A. TRISCIUOGGIO, *Diritti umani*, cit., 57 ss.

<sup>41</sup> J.F. STAGL, *Da 'qualcosa'*, cit., 99.

<sup>42</sup> *Amplius* oltre, nel testo.

<sup>43</sup> Ulp. 33 *ad ed.* D. 23.3.39; Proc. 7 *ep.* D. 23.3.67.

<sup>44</sup> Il contributo del Cristianesimo allo sviluppo dei diritti umani è infatti bivalente, per certi aspetti: ancora Tommaso d'Aquino, acceso sostenitore della *dignitas umana*, considerava legittima la schiavitù (sul punto, M. FLORES, *Storia*, cit., 24 ss.).

alcuni anni or sono Mario Talamanca<sup>45</sup>, considerato che nell'antica Roma si praticava la più brutale tra le discriminazioni, ovvero quella tra liberi e schiavi, si dovrebbe ritenere assolutamente fuori luogo, ingenuo e velleitario<sup>46</sup> ogni tentativo di rinvenire nel diritto romano i precedenti storici degli odierni diritti dell'uomo. Critica «ragionevole seppur eccessiva», la definisce, secondo un orientamento che condivido, Felice Mercoigliano<sup>47</sup>, perché, se pure è vero che occorre avere piena consapevolezza delle diversità di fondo dei contesti storici e dell'impiego delle categorie giuridiche, si può invece ritenere corretto e proficuo cercare le radici delle nostre attuali istituzioni, confrontando modelli e linguaggi nella prospettiva storica.

Anche Umberto Vincenti<sup>48</sup> ha rifiutato la visuale retrospettiva («Ogni ricerca, nel diritto romano, di reali precedenti degli attuali diritti umani è destinata all'insuccesso»<sup>49</sup>), incentrando piuttosto le sue ricerche sul pensiero filosofico e giuridico dal quale si sono poi originate le teorie dell'età moderna. Lo studioso patavino si è impegnato in una serrata critica del concetto di 'persona' quale prototipo della nozione di 'centro di imputazione delle situazioni giuridiche', indicando piuttosto nella *rei vindicatio* l'archetipo del diritto soggettivo; e in ciò muove dalla incontestabile propensione

---

<sup>45</sup> M. TALAMANCA, *L'antichità e i 'diritti dell'uomo'*, in *Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali. Atti del Convegno dell'Accademia dei Lincei*, CLXXIV, Roma, 2001, 41 ss.

<sup>46</sup> M. TALAMANCA, *L'antichità*, cit., 49 ss.

<sup>47</sup> F. MERCOGLIANO, *'Hostes'*, cit., 111.

<sup>48</sup> L'A. in linea generale non condivide la possibilità di fare risalire all'Evo antico l'origine dei diritti umani: U. VINCENTI, *Diritti*, cit., V s., 66 ss. e *passim*; ID., *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche*, Roma-Bari, 2007, specialm. 14; G. BONIOLO, G. DE ANNA, U. VINCENTI, *Individuo e persona. Tre saggi su chi siamo*, Milano, 2007, 135 ss.; U. VINCENTI, *Prima il dovere. Una ragionevole critica dei diritti umani*, Napoli, 2011.

<sup>49</sup> U. VINCENTI, *Diritti*, cit., 66.

dei Romani a individuare non la sussistenza del ‘diritto’ in senso soggettivo, bensì la tutela processuale di cui fosse munita la situazione soggettiva (*actionem habere*)<sup>50</sup>.

Ancora oltre, nel negare al pensiero romano il primo stimolo verso l’edificazione dei diritti umani, si è spinto Roberto Esposito<sup>51</sup>. Nel pensiero del filosofo napoletano – che verrà discusso più avanti<sup>52</sup> – si registra il pieno riconoscimento della centralità della nozione romana di ‘persona’ nel dibattito sull’origine dei diritti umani. Ma Esposito, lungi dall’individuare in questa categoria il nucleo primigenio di tali diritti, imputa viceversa alle suggestioni e ai retaggi del concetto (tecnico-giuridico) romano di *persona* addirittura il fallimento dei moderni diritti umani: risalirebbe al diritto romano la pericolosa frattura tra ‘uomo’ (*homo*, essere umano) e ‘persona’ (categoria sociale e giuridica).

Al vaglio dello storico del diritto, la tesi di Esposito – per quanto concerne il giudizio relativo ai pretesi influssi negativi della categoria giuridica ‘persona’ – risulta nel complesso assai debole e troppo semplificante, poiché argomentata sulla base di una opinabile selezione di fonti, peraltro riconducibile ad una fase ben circoscritta dell’esperienza giuridica romana: come a breve constateremo, la netta frattura cui si riferisce Esposito rispecchia soltanto la fase iniziale della riflessione svolta dall’antica *scientia*

---

<sup>50</sup> Una prospettiva, questa, tipicamente romana, che si capovolge soltanto a partire da Donello: rinvio sul punto a L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, I. *Dal crollo dell’Impero romano d’Occidente alla formazione dello ‘ius commune*’<sup>2</sup>, Torino, 2011, 130 ss.

<sup>51</sup> R. ESPOSITO, *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell’impersonale*, Torino, 2007, 8 s. e *passim*; ID., *Il dispositivo della persona*, in ‘*Homo, caput, persona*’. *La costruzione giuridica dell’identità nell’esperienza romana*, a cura di A. Corbino, M. Humbert e G. Negri, Pavia, 2010, 49 ss.; ID., *Due. La macchina della teologia politica e il posto del pensiero*, Torino, 2013.

<sup>52</sup> Oltre, § 5.

*iuris*. Ad una attenta considerazione, il pensiero giuridico antico sugli *status personarum* si rivela molto più ricco, complesso e problematico di come talvolta è stato rappresentato.

## 2. *Modelli, categorie, valori alla base dei moderni diritti umani: il lascito del diritto romano*

Nonostante le precise e talora robustamente argomentate prese di posizione di studiosi contrari alla possibilità di rinvenire nella cultura romana i primi elementi dei diritti umani fondamentali, una più compiuta disamina dei modi in cui la problematica in oggetto è stata affrontata nel periodo compreso tra Principato e Tardo Impero ha consentito la valorizzazione di fonti prima trascurate, che aprono nuovi itinerari di ricerca.

È su queste basi che negli anni successivi alle pubblicazioni di Gaudemet il dibattito sulle origini più remote dei diritti umani si è acceso, e i suoi esiti non hanno portato nella stessa, univoca direzione indicata dal romanista francese e radicalizzata in seguito da altri studiosi, tra cui Michel Villey<sup>53</sup> e, in Italia, i già citati Talamanca e Vincenti.

Quali primi segnali di un'attenzione specifica per la protezione della persona sono state indicate una serie di figure giuridiche risalenti al diritto romano di età repubblicana e imperiale. Un vero e proprio pilastro<sup>54</sup> nella successiva costruzione della protezione della persona in quanto tale è stato senza dubbio costituito dall'*actio iniuriarum*, il cui ambito di applicazione si estese,

---

<sup>53</sup> M. VILLEY, *Il diritto*, cit., le cui posizioni sono criticate in modo equilibrato da G. CRIFÒ, *Per una prospettiva*, cit., 231 s.

<sup>54</sup> Così G. CRIFÒ, *Per una prospettiva*, cit., 246, la cui opinione, circa la funzione dell'*actio iniuriarum*, quale strumento di riconoscimento e di tutela della personalità e della dignità individuale, io condivido in pieno.

grazie all'editto pretorio, all'interpretazione giurisprudenziale e ai provvedimenti imperiali, al punto tale da realizzare una tutela alquanto efficace della personalità, del decoro, del pudore e della dignità dell'essere umano<sup>55</sup>. Oltre alle applicazioni più note, tra quelle specifiche nell'ambito dei 'diritti dell'uomo' possiamo ricordare il riconoscimento dell'*actio iniuriarum*, da parte dei giuristi romani, a chi fosse impedito di pescare in mare<sup>56</sup>, «considerando così tale fattispecie come una lesione morale arrecata alla dignità della persona»<sup>57</sup>; al vicino immittente, in caso di atti impeditivi delle immissioni lecite (perché di modica entità e relative all'uso normale della cosa, o perché ingenti ma legittimate da un diritto di servitù) posti in essere dal vicino immesso<sup>58</sup>, e, viceversa, al vicino immesso contro l'immittente, in caso di diffusione intenzionale di fumo al solo scopo di molestare il finitimo<sup>59</sup>, ma in entrambi i casi al fine di preservare la libera esplicazione del diritto di proprietà privata da parte del *dominus*. Se poi si volge lo sguardo al Tardoantico, si nota che, una volta caduta la tipicità delle azioni, nelle *Pauli Sententiae* e nel Codice Teodosiano<sup>60</sup> non figura più il richiamo all'antica *actio*

---

<sup>55</sup> Ampia trattazione in A.D. MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano, 1977.

<sup>56</sup> Ulp. 57 *ad ed.* D. 47.10.13.7, su cui v. M.G. ZOZ, *Riflessioni in tema di 'res publicae'*, Torino, 1999, 191; D. DURSI, *'Res communes omnium'. Dalle necessità economiche alla disciplina giuridica*, Napoli, 2017, 44 ss.

<sup>57</sup> A. TRISCIUOGGIO, *Diritti umani*, cit., 58.

<sup>58</sup> Ulp. 57 *ad ed.* D. 47.10.13.7, per la cui esegesi rinvio a L. SOLIDORO, *Immissioni e conflitti di vicinato: il caso della 'taberna castaria'*, in *Il diritto romano caso per caso*, a cura di L. Solidoro, M. Scognamiglio e P. Pasquino, Torino, 2018, specialm. 48 s.

<sup>59</sup> Iav. 9 *ex post. Lab.* D. 47.10.44, su cui A. MANFREDINI, *Contributi*, cit., 17 ss., 181 ss.; L. SOLIDORO, *Immissioni*, cit., 56 s.

<sup>60</sup> Paul. Sent. 5.4; CTh. 11.30. Puntuale disamina delle fonti in G. BASSANELLI SOMMMARIVA, *L'iniuria*, cit., 651 ss.; v. anche M.L. BICCARI, *Diritti fondamentali*, cit., 123 s., con *altra bibl.*

*iniuriarum*, ma la frequente menzione dell'*iniuria*, vocabolo utilizzato adesso pure per qualificare le prevaricazioni agite dai funzionari imperiali nei confronti dei sudditi: l'illecito di *iniuria*, così inteso, nell'Impero d'Occidente risponde alla nuova esigenza di realizzare una tutela giurisdizionale dei diritti della persona nei confronti del potere statale.

Per quanto invece concerne la nozione di *persona*, altro elemento fondante dei 'diritti dell'uomo', il punto di partenza per una riflessione correttamente articolata sembra dovere essere costituito dalle incertezze e dalle oscillazioni presenti negli scritti dei giuristi del Principato a fronte della dicotomia libertà/schiavitù<sup>61</sup>. È in questa epoca che salgono in superficie i primi segni di un lungo percorso. Ma si tratta solo di un inizio, in quanto tale segnato da non poche ambiguità, incertezze, o aperte contraddizioni. Se Gaio – per primo tra i giuristi – annovera gli schiavi tra le *personae*, sul piano istituzionale qualifica pur sempre l'*homo*-schiavo come *res*, più precisamente come *res corporalis* (Gai 2.12-13: *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt quae tangi possunt, velut fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles*). Eppure è ancora Gaio a non trattare dei servi nell'ambito dello *ius quod ad res pertinet*, bensì a proposito dello *ius quod ad personas pertinet*, che si articola, nella visuale gaiana, in una *divisio*, quella tra *personae liberae* e *personae serviles*.

All'epoca, il vocabolo *persona* viene adoperato dai *prudentes* con una accezione naturalistica, perfettamente espressa più tardi da Boezio<sup>62</sup>: *naturae rationabilis individua substantia*. La persona, dunque,

---

<sup>61</sup> Specifica trattazione in K.-W. WELWEI, '*Ius naturale*' und '*ius gentium*' in der antiken Beurteilung von Sklaverei und Freiheit, in *Menschenrechte*, cit., 81 ss.

<sup>62</sup> Boetius, *Contra Eutychem et Nestorium* 5. Sul tema, C. MORESCHINI, *Oltre l'antico. La svolta antropologica di Agostino e la definizione boeziana di 'persona'*, in '*Homo, caput, persona*', cit., 93 ss.

è ‘sostanza individuale di natura razionale’ e corrisponde a un concetto dotato di valenza del tutto neutra sul piano della tecnica giuridica. In questa scissione, continua a prevalere la disciplina dello *ius civile*, che *utilitatis causa* inchioda i servi alla condizione di *res*, ancorché – vedremo fra breve – *contra naturam*. Però, al tempo stesso, il richiamo costante allo schiavo-persona pone le premesse per la ricomposizione della frattura tra la figura dell’uomo, che la natura vuole libero e uguale a tutti gli altri, e una disciplina giuridica che viceversa prevede le più atroci disuguaglianze. Insomma, con l’uso della categoria ‘persona’ e con il richiamo allo *ius naturae*, i giureconsulti romani gettano un ponte<sup>63</sup> su quello spazio vuoto prima esistente tra l’uomo-soggetto (il *pater familias*) e l’essere umano-oggetto (la variegata figura del ‘sottoposto’), ponendo le premesse per un graduale affievolimento e superamento delle tradizionali differenze giuridiche nello *status* delle *personae* (ivi incluse le distinzioni tra le capacità riconosciute ai maschi, rispetto alle femmine<sup>64</sup>).

Non si può negare che i giuristi del Principato ci si presentino combattuti tra le esigenze pratiche della società, con le relative costruzioni giuridiche (che si possono identificare nel binomio *ius civile-ius gentium*), e il contrapposto modello etico, veicolato dal pensiero filosofico e incarnato nello *ius naturale*, secondo la rappresentazione stoica di una umanità composta da persone libere e tra loro uguali<sup>65</sup>. Questo netto contrasto viene del resto descritto a chiare lettere in un passo conservato come Ulp. 43 *ad Sab. D.*

---

<sup>63</sup> Così J.F. STAGL, *Da ‘qualcosa’*, cit., 115.

<sup>64</sup> Si pensi, per esempio, al graduale affievolimento e poi svuotamento di contenuti subiti dalla *tutela mulierum*, attestati dalle fonti, a partire da Gai 1.190 (*Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur* rell.).

<sup>65</sup> Sulla concezione romana dello *ius naturae*, nei termini che qui rilevano, v. U. NORTMANN, *Antike Gesichtspunkte zum Sein-Sollen-Problem*, in *Menschenrechte*, cit., 225 ss.

50.17.32 (*Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt*). Secondo lo *ius civile* – asserisce il giurista severiano – gli schiavi sono considerati un ‘niente’ (*servi pro nullis habentur*), ma ciò non vale per il diritto naturale, in relazione al quale tutti gli uomini sono uguali (*omnes homines aequales sunt*)<sup>66</sup>.

Può sembrare paradossale che, nel contesto di una società schiavistica, fondata sulla contrapposizione tra liberi e *servi*, Ulpiano affermi, nel trattare della logica sottesa alle manomissioni, che *iure naturali omnes liberi nascerentur* (Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.4), ponendo, con ciò, le premesse per il riconoscimento del principale tra i diritti umani: il diritto alla libertà<sup>67</sup>. E non è mancato qualche eccesso, peraltro già evidenziato da Wolfgang Waldstein<sup>68</sup>, nella valutazione di tale dato, per esempio da parte di Tony Honoré<sup>69</sup>, il

---

<sup>66</sup> Sul passo ulpiano, v. K.-W. WELWEI, ‘*Ius naturale*’, cit., 81 ss. Cfr. F. MERCOGLIANO, *Schiavitù, immigrazione e lavoro in Roma antica*, in *Nuove forme di schiavitù*, Napoli, 2018, 41 ss.

<sup>67</sup> Ulp. 1 *inst.* D.1.1.4: *Manumissiones quoque iuris gentium sunt. Est autem manumissio de manu missio, id est datio libertatis: nam quamdiu quis in servitute est, manni et potestati suppositus est, manumissus liberatur potestate. Quae res a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita: sed posteaquam iure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis. Et cum uno naturali nomine homines appellaremur, iure gentium tria genera esse coeperunt: liberi et bis contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi qui desierant esse servi*. In lett., v. soprattutto, più in generale, W. WALDSTEIN, *Elementi ‘prepositivi’ dell’ordinamento nel diritto romano* (1967), *Sulla nozione di diritto naturale attraverso il diritto romano* (2000), ‘*Ius naturale*’ nel diritto romano postclassico e in Giustiniano (1994), saggi ora pubblicati in ID., *Saggi sul diritto non scritto*, Padova, 2002, rispettivamente alle pp. 9 ss., 59 ss., 207 ss.; più specificamente, ID., *Schiavitù e cristianesimo da Costantino a Teodosio II*, in *AARC*, VIII, cit., 123 ss.; cenni in C. MASI DORIA, *Schutzrechte*, cit., 383 s.

<sup>68</sup> Cit. alla nt. prec.

<sup>69</sup> T. HONORÉ, *Ulpian, Pioneer of Human Rights*<sup>2</sup>, Oxford-New York, 2002, specialm. 76 ss..

quale ha visto in Ulpiano addirittura un ‘pioniere dei diritti umani’ («pioneer of the human rights movement»), per la sua esaltazione dei valori della libertà e uguaglianza. Una opinione, questa, difficilmente condivisibile, ove si consideri la piena accettazione della schiavitù, da parte del giurista severiano, ed anche il suo probabile contributo, sul piano dell’elaborazione di una base teorica, alle persecuzioni dei Cristiani<sup>70</sup>.

È fuori discussione che la riflessione ulpianea non avesse alcuna ambizione di aprire le porte a un dibattito sull’abolizione della schiavitù, ma costituisse soltanto la presa d’atto, da parte del giurista, di uno *status libertatis iure naturali* incompatibile con la previsione giuridica della schiavitù; una contraddizione con tutta evidenza imbarazzante, che induceva in Ulpiano l’esigenza di fornire la giustificazione del conflitto tra i due diritti, quello posto dalla natura e quello posto dall’uomo. Nel complesso, i *prudentes* dimostrano chiara consapevolezza della necessità di applicare uno *ius contra naturam, utilitatis causa*.

E in questo senso va intesa l’affermazione (alquanto sconcertante, perché proveniente da un giurista) ancora prima di Ulpiano espressa da Fiorentino in D. 1.5.4.1, con toni decisamente più netti rispetto a quelli in seguito adoperati dal giurista severiano (sempre che non si voglia considerare frutto di interpolazione il contenuto del passo):

Flor. 9 *inst.* D. 1.5.4.1: *Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur.*

---

<sup>70</sup> Nelle *Divinae institutiones* (5.11.19) Lattanzio afferma che Ulpiano, nel libro VII *de officio proconsulis*, aveva raccolto i rescritti imperiali, al fine di istruire i funzionari circa le pene applicabili ai Cristiani. Dettagli in L. SOLIDORO MARUOTTI, *La base giuridica delle persecuzioni dei Cristiani*, in EAD., *Profili storici del delitto politico*, Napoli, 2002, 79 ss., specialm. 115 ss.

Fiorentino qualifica la schiavitù come un istituto dello *ius gentium* (dunque praticato presso vari popoli), in forza del quale taluno è soggetto ‘contro natura’ (*contra naturam*) al dominio di un altro.

Non si discosta da questa dicotomia l’ottica romana tardoantica, altrettanto limpidamente esplicitata dai bizantini nelle Istituzioni giustiniane (I. 2 2), dove si mette a punto la differenza tra *ius gentium* e *ius naturale*. Il diritto delle genti (*ius gentium*) è comune a tutto il genere umano – si afferma –, infatti esso è stato costituito per corrispondere all’utilità e alle esigenze umane; la prigionia e la schiavitù sono state conseguenza delle guerre, ma si tratta di condizioni contrarie al diritto naturale (*quae sunt iure naturali contrariae*), secondo il quale tutti gli uomini nascono liberi. I compilatori adducono quale giustificazione della violazione del diritto naturale l’*usus* e le *necessitates* delle *gentes*, ma si avverte un certo imbarazzo, quasi la consapevolezza del ricorso a un argomento<sup>71</sup> ‘debole’<sup>72</sup>: lo *ius civile* contrasta irrimediabilmente con le leggi del diritto naturale, le quali postulano la libertà e l’uguaglianza di tutti gli esseri umani (così il già citato Ulp. 43 *ad Sab. D.* 50.17.32). Libertà e uguaglianza – oggi ‘diritti fondamentali’ della persona – hanno sempre avuto, agli occhi del giurista-interprete, un carattere di ‘originarietà’ che sfugge al dominio dello *ius positum*<sup>73</sup>. Senza dubbio, né Ulpiano, né i bizantini possono

---

<sup>71</sup> Più in generale, sullo strategico ricorso alla *utilitas publica* in materia di stato delle persone, R. SCEVOLA, ‘*Utilitas publica*’, II. *Elaborazione della giurisprudenza severiana*, Padova, 2012, 9 ss., 372 ss.

<sup>72</sup> Lo sottolinea J.F. STAGL, *Da ‘qualcosa’*, cit., 109.

<sup>73</sup> V. sul punto le considerazioni, riferite all’età contemporanea, di V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio ‘personalista’ in Italia e nell’Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 56.2, 2010, 145 ss.

essere considerati promotori della dottrina dei diritti umani<sup>74</sup>. Eppure, il raffronto tra la prospettiva naturalistica, con i suoi valori di giustizia e di uguaglianza, e le necessità dello *ius positum* introduce di per sé una dialettica feconda di successivi sviluppi.

Da questo punto di vista, osserva ora Jakob Stagl: «Il diritto civile romano non possedeva in sé il potenziale teorico per superare le differenze tra gli *status* sociali costruite nel *ius personarum*; un tale potenziale era invece posseduto da una categoria speciale del diritto, che i Greci hanno enucleato e i Romani perfezionato: il diritto naturale». Nella visuale romana, il diritto naturale non formava un insieme organico di regole volte a disciplinare la vita sociale dei ‘soggetti di diritto’, bensì constava, secondo la definizione in Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.1.3, forse rimaneggiata dai bizantini, di comportamenti relazionali comuni a tutti gli esseri viventi, inclusi gli animali (unione eterosessuale stabile, procreazione ed educazione della prole), e insegnati appunto dalla natura.

Nonostante l’iper critica di Talamanca<sup>75</sup>, oggi costituisce dunque un dato acquisito ciò che negli anni Settanta dello scorso secolo Wolfgang Waldstein<sup>76</sup> già si era impegnato a dimostrare: lo *ius naturale*, pur nelle diverse configurazioni dello stoicismo greco e romano, e attraverso la recezione fortemente innovatrice di questo pensiero da parte tanto dei giuristi romani, tanto dei Padri della

---

<sup>74</sup> Condivido, sul punto, almeno in parte, le considerazioni svolte da A. SCHIAVONE, *‘Ius’. L’invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, 396 ss.

<sup>75</sup> Il quale ha vigorosamente sostenuto il carattere del tutto residuale della dottrina dello *ius naturale* nell’ambito dell’esperienza giuridica romana, e pertanto l’inaffidabilità di ogni indagine condotta sulle connessioni tra lo sviluppo dei diritti umani e le concezioni romane dello *ius naturae* (M. TALAMANCA, *L’antichità*, cit., 41 ss.). *Contra*, con solidi argomenti, G. CRIFÒ, *Per una prospettiva*, cit., 263 ss.

<sup>76</sup> V. sopra.

Chiesa<sup>77</sup> e poi dei compilatori giustiniani, si pone come il basamento dell'idea moderna dei diritti umani<sup>78</sup>. Anche se nel pensiero e nell'elaborazione scientifica della giurisprudenza romana la teorica dello *ius naturale* non rivestì un ruolo centrale, o, per meglio dire, di incisività tale da indurre a un ribaltamento delle categorie proprie dello *ius civile*, è un dato di fatto che proprio i testi giurisprudenziali conservati nei Digesti giustiniani si ritrovino alla base delle dottrine giusnaturaliste, da de Groot a Wolff<sup>79</sup>.

Fondamentale, al riguardo, è la lettura della parte iniziale del cap. XIV del Leviatano di Thomas Hobbes, esponente del giusnaturalismo sistematico razionalista<sup>80</sup>: «Il diritto soggettivo naturale, che gli scrittori chiamano comunemente *ius naturale*, è la libertà che possiede ogni uomo di usare il proprio potere come vuole lui medesimo, per la conservazione della propria natura, cioè della sua vita, e in conseguenza di fare qualsiasi cosa che, in base al suo giudizio e alla sua ragione, egli ritiene che sia il mezzo più adatto per raggiungere lo scopo». Si tratta del primo testo in cui, in

---

<sup>77</sup> Ampia discussione in A. NESCHKE-HENTSCHKE, *Platonisme politique et Théorie du droit naturel. Contributions à une archéologie de la culture politique européenne*, 2 voll., Paris, 1995-2003; K. HILPERT, *Die Menschenrechte – ein christliches Erbe?*, in *Menschenrechte*, cit., 147 ss.

<sup>78</sup> Non si vuole con ciò sostenere che la dottrina del diritto naturale identifichi e teorizzi i 'diritti dell'uomo': v. al riguardo le ficcanti considerazioni di M. VILLEY, *Il diritto*, cit., 91, 112 ss. Rimarca con equilibrio e cautela l'importanza della funzione svolta dalla nozione di *ius naturale* nella formazione dei diritti umani, da ultima, M.L. BICCARI, *Piccole (grandi) tappe*, cit., 729 s.

<sup>79</sup> Puntuale dimostrazione in A. NESCHKE-HENTSCHKE, *Platonisme*, II, cit.; EAD., *Menschenrechte – Menschenrechtsdoktrin – Natürliche Gerechtigkeit*, in *Menschenrechte*, cit., 123 ss. V. ora, in tema, A. TORRENT RUIZ, *El Iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII. Precursor de los códigos en la secuencia de fundamentos del derecho europeo*, Madrid, 2016, 25 ss., 37 ss., 96 ss., 142 ss.

<sup>80</sup> Sul testo, M. VILLEY, *Il diritto*, cit., 162.

modo inequivocabile, viene definito il ‘diritto dell’uomo’<sup>81</sup>, anche se soltanto John Locke conierà l’espressione *rights of men* (e *rights of mankind*)<sup>82</sup>, che ricorre infinite volte nei suoi due *Trattati sul governo civile*. Ma siamo con ciò ancora al di fuori di un riconoscimento normativo.

### 3. *Limiti e pregi del pensiero giuridico romano in materia di protezione giuridica della ‘persona’*

Dunque, il diritto naturale del pensiero romano diviene, in questo ambito, il più potente agente di mutamento<sup>83</sup> delle prospettive giuridiche tradizionali, dal mondo greco alle realtà medioevali. Ma perché questo mutamento avvenga, traducendosi in norma positiva, occorre che il concetto di *persona* si stacchi dalla considerazione del suo *status* (libero o schiavo, maschio o femmina, cittadino o straniero etc.), per coincidere completamente con l’essere umano in quanto tale<sup>84</sup>. L’ottica dell’*utilitas* e delle esigenze umane (nella quale i giuristi romani giustificavano le differenze di statuti personali, così precludendo l’emersione dei diritti umani fondamentali) si avvia ad essere in concreto superata soltanto con l’avvento dell’età moderna dalla piena affermazione dei postulati del diritto naturale, ovvero la libertà e l’uguaglianza degli esseri umani: un portato del Cristianesimo (specie nella declinazione

---

<sup>81</sup> Lo sottolinea M. VILLEY, *Il diritto*, cit., 162, 164 ss..

<sup>82</sup> Ampia trattazione in A. NESCHKE-HENTSCHKE, *Platonisme*, II, cit., 500 ss.

<sup>83</sup> Così ora anche J.F. STAGL, *Da ‘qualcosa’*, cit., 106 ss.

<sup>84</sup> H. COING, *Der Rechtsbegriff der menschlichen Person und die Theorie der Menschenrechte*, in *Beiträge zur Rechtsforschung*, Berlin-Tübingen, 1950, 193 ss., e sulle sue orme J.F. STAGL, *Da ‘qualcosa’*, cit., 109 s.; per una esauriente esposizione, U. AGNATI, *Persona iuris vocabulum. Per un’interpretazione giuridica di ‘persona’ nelle opere di Gaio*, in *RDR*, 9, 2009, 2 ss., specialm. 21 ss.

protestante)<sup>85</sup> e del pensiero filosofico in buona parte con questo collegato, che delegittimano e disgregano il tralaticio sistema romano degli *status*<sup>86</sup>. Dunque, afferma Alessandra Facchi in questa prospettiva, «la compiuta idea dei diritti dell'uomo si afferma [...] all'interno del giusnaturalismo moderno, cioè di una visione del diritto naturale che si svincola dall'origine religiosa»<sup>87</sup>.

Ebbene, se alla luce di tali osservazioni ci poniamo nuovamente il quesito se i Romani conoscessero già almeno alcuni degli attuali diritti fondamentali dell'uomo, la risposta corretta, a mio parere, non si può riassumere drasticamente in un 'sì', o in un 'no'. I Romani certamente non costruirono una teoria dei diritti umani fondamentali, basandosi sulle leggi dello *ius naturae*, e tanto meno ne formularono un elenco. È pertanto da respingere ogni tentativo di ricondurre la categoria moderna dei 'diritti umani' all'esperienza giuridica romana<sup>88</sup>. Benché il diritto naturale sia stato invocato dai Romani per fondare alcune categorie o settori del diritto, la pluralità degli statuti personali su cui si strutturava il diritto delle *personae* non ci risulta sensibilmente intaccata dai postulati di uguaglianza e libertà propri del diritto naturale. È pur vero che alcuni – ma soltanto alcuni – di quelli che noi oggi qualifichiamo diritti umani fondamentali furono, in guisa di 'prerogative', più che di 'diritti', con lucidità e rigore individuati dalla scienza giuridica e dalla legislazione romana; ma, come prima accennavo, essi venivano riconosciuti non a tutti gli esseri umani in quanto tali, ma solo ai *patres*, o ai *domini*, o ai *cives*, o ai maschi, o

---

<sup>85</sup> W. STARK, *The Sociology of Religion*, V, London, 1972, 274 ss.

<sup>86</sup> Così S. TAFARO, *Ius hominum causa constitutum?*, Napoli, 2009, 142 ss., 170 ss.; J.F. STAGL, *Da 'qualcosa'*, cit., 109.

<sup>87</sup> A. FACCHI, *Breve storia*, cit., 26.

<sup>88</sup> Non condivido infatti l'impostazione di R.A. BAUMAN, *Human Rights in Ancient Rome*, London-New York, 2000, già severamente criticata da M. TALAMANCA, *L'antichità*, cit., 49 ss.

ai non disabili o agli appartenenti a determinati ceti sociali, o agli esercenti determinate professioni e via dicendo.

Ciononostante, e tenendo ben presente i limiti ora ricordati, a mio parere le premesse per lo sviluppo di alcuni diritti umani sono senz'altro contenute nell'esperienza giuridica romana. È infatti all'interno del diritto romano che nascono i paradigmi e le categorie che in seguito verranno utilizzate – dal giusnaturalismo moderno in poi – per la costruzione dei diritti fondamentali: oltre al già menzionato modello del *pater familias* quale centro di imputazione di situazioni giuridiche, numerosi sono gli archetipi citabili.

Si pensi, tra i tanti esempi possibili, alla tutela del concepito, conseguita attraverso la creazione pretoria della figura del *curator ventris*<sup>89</sup> e la configurazione *extra ordinem* del crimine di procurato aborto (benché in origine finalizzate soltanto, rispettivamente, ad assicurare la partecipazione successoria del *conceptus* in subordine al verificarsi dell'evento della nascita, e alla tutela degli interessi del *pater familias* ove il procurato aborto ledesse le sue aspettative di procurarsi un erede<sup>90</sup>), nonché all'ammissione, da parte della giurisprudenza del Principato, della rilevanza del periodo del concepimento ai fini del riconoscimento dello *status libertatis*<sup>91</sup> e dello *status civitatis*<sup>92</sup>: un fascio di attenuazioni ed eccezioni, rispetto al rigoroso principio arcaico della totale esclusione dalla rilevanza giuridica delle persone non ancora venute alla luce, che condusse alla elaborazione del principio di portata generale, enunciato (in un passo conservato come Paul. *l. sing. de port.* D. 1.5.7) forse già nel

---

<sup>89</sup> D. 37.9; v. anche D. 38.6 e C. 6.14.

<sup>90</sup> Marcian. 1 *reg.* D. 47.11.4; Ulp. 33 *ad ed.* D. 48.8.8; Tryph. 10 *disp.* D. 48.19.39. Qualora non fossero lesi interessi o aspettative patrimoniali del marito, il procurato aborto si riteneva irrilevante.

<sup>91</sup> Marcian. 1 *inst.* D. 1.5.5.2-3; v. anche Gai 1.89-92 e Ulp. 27 *ad Sab.* D. 1.5.18.

<sup>92</sup> Gai 1.78-79; Tit. Ulp. 5.8.

III sec. d.C. da Paolo, «*qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur*» e costituente il precedente storico del moderno riconoscimento della parziale capacità giuridica del concepito.

Quali prodromi dei moderni diritti umani vanno ancora ricordati: la tutela del diritto di proprietà in quanto espressione della libertà del cittadino<sup>93</sup>, la protezione della persona e della sua dignità mediante applicazioni estensive dell'*actio iniuriarum*<sup>94</sup>, la repressione della violenza domestica<sup>95</sup>, la previsione del 'giusto processo' e della ragionevole durata delle liti<sup>96</sup>, la limitazione della

---

<sup>93</sup> V. ora M. MICELI, *Storia e pluralismo giuridico. Le forme dell'appartenenza: la proprietà*, Roma, 2013, con ampia rassegna di fonti e lett. sul modello romano della proprietà, alle pp. 15-90, e A. TRISCIUOGGIO, *Diritti umani*, cit., 60, il quale sottolinea che «il rispetto del diritto di proprietà privata può essere considerato uno dei principi fondamentali che le autorità pubbliche romane dovevano osservare in diversi ambiti» (emblematica, al riguardo, la formula '*sine iniuria privatorum*', ricorrente in statuti municipali e delibere senatorie, in forza della quale il magistrato cui era affidata la cura dei lavori pubblici municipali era tenuto a non ledere dannosamente diritti altrui). In relazione al recepimento dei principi ispiratori della tutela proprietaria romana nella realtà giuridica europea (e segnatamente nell'ambito della CEDU), M. MICELI, *Storia*, 93 ss.; sulla coincidenza, già nelle visuali romane dell'ultima età repubblicana, tra proprietà privata e libertà individuale, G. VALDITARA, *Attualità del pensiero politico di Cicerone*, in *Atti del Convegno di diritto romano 'Cicerone e la politica' (Arpino, 29 gennaio 2004)*, Napoli, 2004, 85 ss., anche in ID., *Saggi sulla libertà dei romani, dei cristiani e dei moderni*, Soveria Mannelli, 2007; ID., *Lo Stato nell'antica Roma*, Soveria Mannelli, 2008, 26 ss.

<sup>94</sup> V. sopra, § 2.

<sup>95</sup> Sulla progressiva – ma difficilmente databile – comparsa dei divieti di esercizio di *ius vitae ac necis* e di *ius vendendi*: Ulp. 1 *de adult.* D. 48.8.2; CTh. 9.15.1=C. 9.17.1; CTh. 8.4.6; C. 8.46.10; C. 4.43.1; CTh. 5.101=C. 4.43.2.

<sup>96</sup> In ordine alla prescrizione delle azioni sullo stato della persona, v. soprattutto: Ulp. 2 *de off. cons.* D. 40.16.2.3; Call. 1 *de iure fisci* D. 40.15.4; C. 7.21.1-2, 4 pr. Sulla *Lex properandum* giustiniana, con la quale Giustiniano nel 530 d.C. stabilì che i giudizi dovessero chiudersi perentoriamente nell'arco di

carcerazione preventiva<sup>97</sup>, la disciplina di indennizzi<sup>98</sup> e risarcimenti<sup>99</sup>, la tutela del diritto a vivere in un ambiente salubre<sup>100</sup>, la configurazione della categoria ‘beni comuni’ (*res communes omnium*)<sup>101</sup>;

---

un triennio (C. 3.1.13), rinvio a quanto esposto in L. SOLIDORO MARUOTTI, *La perdita dell'azione civile per decorso del tempo nel diritto romano*, in EAD., *I percorsi del diritto. Esempi di evoluzione storica e mutamenti del fenomeno giuridico*, I, Torino, 2011, 75 ss., specialm. 88 ss., 148 ss. Sull'emersione dei primi elementi di costruzione del ‘giusto processo’, fonti e lett. in P. CERAMI, ‘*Aequum iudicium*’ e ‘*giusto processo*’, in *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea. Dall'esperienza romana all'esperienza moderna*, Torino, 2003, 3 ss.

<sup>97</sup> Su cui rinvio a M. SCOGNAMIGLIO, *Lucio Vettio e i limiti alla carcerazione preventiva*, in corso di stampa, con fonti e lett.

<sup>98</sup> V. per es., in materia di mandato, Gai 9 *ad ed. prov.* D. 17.1.27.4.

<sup>99</sup> Di cui punto di partenza si può considerare la *lex Aquilia*. Sulla nozione di danno risarcibile, per una compiuta rassegna con esame critico delle fonti e discussione della precedente, sconfinata letteratura, v. ora S. GALEOTTI, *Ricerche sulla nozione di ‘damnum’*, I. *Il danno nel diritto romano tra semantica e interpretazione*, Napoli, 2015; II. *I criteri di imputazione del danno tra ‘lex’ e ‘interpretatio prudentium’*, Napoli, 2016. In ordine all'evoluzione della nozione di colpa in relazione al principio romano del *neminem laedere* e ai suoi influssi sulla configurazione della responsabilità civile *ex art.* 1382 cod. civ. francese, rinvio a quanto esposto in L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica*, II, cit., 2010, 112 s.

<sup>100</sup> Per gli strumenti di tutela del *civis* a fronte dei guasti del sistema fognario, Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.23.1.2, 4-5, 9, 15, 26; Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.23.1 pr.; per l'inquinamento dell'aria Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.8.2 pr., 29, 34. Altre indicazioni in L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica. L'esperienza del mondo antico*, Torino, 2009; EAD., *L'uomo e l'acqua. Linee di un percorso storico-giuridico*, in EAD., *I percorsi*, I, cit., 55 ss.

<sup>101</sup> La categoria giuridica *res communes omnium* compare con Marciano (Marcian. 3 *inst.* D. 1.8.2 pr.) e viene adottata da Giustiniano (I. 2.1 pr.-1). Per una trattazione completa di questo complesso tema rinvio a L. SOLIDORO MARUOTTI, *L'uomo e l'acqua*, cit., 64 ss.; A. DI PORTO, ‘*Res in usu publico*’ e ‘*beni comuni*’. *Il nodo della tutela*, Torino, 2013; D. DURSI, ‘*Res communes omnium*’, cit., con fonti e lett.; in connessione con l'origine dei diritti umani, A. TRISCIUOGGIO, *Diritti umani*, cit., 58.

l'idea della tolleranza religiosa, affiorata in età costantiniana<sup>102</sup>.

Da questo punto di vista, paiono ben giustificate le pur 'forti' affermazioni di Pugliese<sup>103</sup> e di Crifò<sup>104</sup>, secondo i quali la struttura schiavistica della società romana si può considerare come non determinante ai fini della risposta da dare al quesito circa l'origine dei diritti umani. In altri termini, l'operatività della distinzione tra liberi e schiavi non precluse l'affiorare di valori, principi e categorie<sup>105</sup>, che nei secoli a venire sarebbero divenuti la chiave di volta della elaborazione dei diritti umani. Quale prodromo di questo percorso potrebbe indicarsi il momento in cui i Romani, nel corso dell'età imperiale, cominciarono a vedere nello schiavo un essere umano, una *persona*, e non una mera *res* (Gai 1.9; 1.48; 4.135; I. 4.1.5; Herm. 1 *iur. epit.* D. 1.5.2)<sup>106</sup>.

Al tempo stesso, va ribadito che, lungo l'intero arco dell'esperienza giuridica romana, risulta del tutto assente il presupposto fondamentale delle logiche moderne, ovvero il riconoscimento giuridico dell'uguaglianza delle persone (ancora nel XIX sec. i soli 'cittadini') dinanzi alla legge. I Romani furono molto attenti nel ricondurre la 'legge' dell'uguaglianza nel solo alveo dello *ius naturale*: come legge non suprema, dunque, in quanto derogabile

---

<sup>102</sup> Sul tema, H. CANCIK, *Die frühesten antiken Texte zu den Begriffen ‚Menschenrecht‘, ‚Religionsfreiheit‘, ‚Toleranz‘*, in *Menschenrechte*, cit., 94 ss. È appena il caso di precisare che l'idea della tolleranza religiosa fu una esperienza assai circoscritta, nell'ambito della storia della civiltà romana, che si contraddistinse invece per una pluralità di discriminazioni dei *cives*, in ragione del credo religioso.

<sup>103</sup> G. PUGLIESE, *Appunti per una storia della protezione dei diritti umani*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 43, 1989, 619 ss., ora in ID., *Scritti giuridici (1985-1995)*, a cura di L. Vacca, Napoli, 2007, 109 ss.

<sup>104</sup> G. CRIFÒ, *'Semitae et vestigia libertatis'*, in *Studi per G. Nicosia*, III, Milano, 2007, 47 ss.

<sup>105</sup> Nonché di 'bisogni socialmente organizzati', secondo la definizione di A. FACCHI, *Breve storia*, cit., 7.

<sup>106</sup> V. sopra, § 2. Altri spunti in J.F. STAGL, *Da 'qualcosa'*, cit., 92 ss., 115.

*utilitatis causa* dallo *ius civile*. Presupposto indefettibile per l'imporsi dell'assoluta supremazia dei postulati dello *ius naturae* è invece l'affermazione – in ambito giuridico – di un concetto unitario di essere umano, di persona, dinanzi al diritto posto dagli uomini.

Ecco il punto: la conquista veramente nuova dell'età moderna è stata l'estensione del riconoscimento di 'soggettività' e 'capacità' giuridica a tutti gli esseri umani in quanto tali<sup>107</sup>, e non soltanto, come invece prevedeva l'ordinamento giuridico romano, ai cittadini (erano esclusi gli stranieri, fatte salve eccezioni in progresso di tempo sempre più numerose), ai *patres familiarum* (erano esclusi i sottoposti), agli uomini di condizione libera (erano esclusi gli schiavi), ai seguaci di una certa religione (e non di altre); e questo traguardo non si è potuto raggiungere prima dell'età moderna, data la pluralità degli statuti giuridici personali, che aveva invece caratterizzato il Medioevo, come già la civiltà romana.

#### 4. *Il principio di uguaglianza, tra diritti umani e diritti animali*

Jean Gaudemet<sup>108</sup>, alla cui tesi hanno poi aderito altri studiosi<sup>109</sup>, aveva rilevato che il diritto delle età romana e medioevale non poteva costruire una dottrina dei diritti fondamentali, dal momento che ignorava la nozione di 'individuo' quale essere umano uguale a tutti gli altri, di fronte all'ordinamento giuridico, e legittimato a rivendicare in sede processuale il riconoscimento dei suoi diritti di libertà ed uguaglianza. Finché la

---

<sup>107</sup> Dettagliata trattazione in F. VIOLA, *I diritti umani sono naturali?*, in *Natura in etica. Annuario di etica*, 6/2009, a cura di F. Botturi e R. Mordacci, Milano, 2010, 69 ss., specialm. 73 ss.

<sup>108</sup> J. GAUDEMET, *Des 'droits de l'homme'*, cit., 8.

<sup>109</sup> P. CATALANO, *Diritto e persone*, Torino, 1990, 214 ss.; A. SCHIAVONE, *'Ius'*, cit., 390 ss.

scienza giuridica e la legislazione hanno giustificato le differenze tra le persone, non vi è stato luogo per un primato dei postulati giusnaturalisti. E sono restate perciò assenti anche le nozioni (unitarie) di soggetto di diritto e di diritto soggettivo. Queste si affermano in Europa (anche se ancora come aspirazione filosofica, più che come realtà di fatto) nel momento in cui il codice napoleonico del 1804 all'art. 8 sancisce l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge<sup>110</sup>. Le nozioni di capacità giuridica, soggetto di diritto, diritto soggettivo presuppongono la *reductio ad unum* degli statuti personali, l'unicità e l'uguaglianza di condizione giuridica dei destinatari dei comandi e dei titolari dei diritti.

Ma altro è enunciare, altro è applicare e rendere operativa una norma. L'essenza dei diritti umani è tutta nell'efficacia della loro protezione<sup>111</sup>. E perché i diritti umani fondamentali divengano effettivi occorre attendere la metà del Novecento: se con la 'Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo' del 1948 si identifica la persona con la dignità umana, rendendo finalmente la nozione di 'persona umana' equivalente al diritto all'intangibilità della dignità dell'uomo<sup>112</sup>, in Europa è soltanto con il contestuale avvento del costituzionalismo che i diritti fondamentali conquistano l'azionabilità in giudizio. Eppure, il percorso non si è concluso: l'implementazione dei diritti umani si considera ancora tutt'altro che soddisfacente, e un serrato dibattito si è acceso sulle molteplici cause della loro parziale mancata realizzazione.

---

<sup>110</sup> Rinvio sul punto a quanto ho esposto in L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica*, II, cit., 106.

<sup>111</sup> Lo metteva in rilievo, nel 1989, G. PUGLIESE, *Appunti per una storia della protezione dei diritti umani*, in ID., *Scritti*, cit., 109 ss., in una prospettiva storica non condivisa ora da U. VINCENTI, *Diritti*, cit., 67 s.

<sup>112</sup> V. al riguardo, oltre alle opere di Casavola e Vincenti, sopra citate, le osservazioni di F. MERCOGLIANO, *Trovare*, cit., 59 ss., specialm. 75.

In particolare, da alcuni anni ci si interroga se la nozione di ‘persona’, in relazione al concetto di ‘soggetto di diritto’, si possa considerare idonea e compatibile con l’obiettivo della compiuta applicazione dei diritti umani, inclusi quelli di ultima generazione. E da questo angolo visuale non poche critiche o veri e propri attacchi sono stati mossi all’uso del vocabolo ‘persona’, quale categoria giuridica<sup>113</sup>, nonché alla nozione di ‘soggetto di diritto’. Tra le svariate riserve espresse, prendiamo qui in considerazione soprattutto quelle che affrontano il problema partendo da una prospettiva storica.

È dato ben noto che nella lingua latina il termine *subiectus* designi la soggezione della persona a un potere esterno<sup>114</sup>. Solo con gli sviluppi del giusnaturalismo (e segnatamente con Leibniz) lo stesso vocabolo assume il significato opposto, ossia quello di ‘titolare di diritti’<sup>115</sup>. Attualmente, la visione giusnaturalista, incentrata sull’uomo (un ‘uomo’ astratto, quale sintesi di ragione, volontà e libertà) e sui suoi diritti soggettivi, ha perso parte dei suoi significati originari<sup>116</sup>. D’altronde, le nozioni di soggetto di diritto – che postula l’uomo quale soggetto esclusivo dei diritti – e di diritto soggettivo sono in via di superamento<sup>117</sup>, in quanto i diritti umani di ultima generazione riconoscono quali ‘portatori di diritti’,

---

<sup>113</sup> Illustra e discute ora in modo analitico le svariate teorie sulla nocività del ricorso al concetto di ‘persona’ in campo giuridico J.F. STAGL, *Da ‘qualcosa’*, cit., 110 ss.

<sup>114</sup> Ampia trattazione in R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 133 ss.; v anche ID., *Introduzione allo studio storico del diritto romano*<sup>2</sup>, Torino, 1961, 39 ss., 93; M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano, 1996.

<sup>115</sup> V. quanto esposto in L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica*, II, cit., 32.

<sup>116</sup> In prospettiva storica, C. LANZA, *Diritto romano*, cit., 33 ss.

<sup>117</sup> I termini della discussione sono illustrati da C. LANZA, *Diritto romano*, cit., 4 ss., 30 ss.

accanto ai neonati e ai malati di mente<sup>118</sup>, anche embrioni (la cui nozione giuridica è peraltro ancora controversa tra le Corti internazionali<sup>119</sup>), feti, generazioni future<sup>120</sup>. La volontà, quale essenza del diritto soggettivo di cui l'uomo è titolare, non è più la volontà come categoria etica, ma come categoria psicologica: il diritto soggettivo può sussistere pure indipendentemente dalla volontà reale del titolare<sup>121</sup>. Si potrebbe dire che, tutto sommato, queste valutazioni riconducono il concetto di 'uomo' all'originaria concezione giuridica naturalistica dell'*homo*, termine con cui il latino giuridico designava lo schiavo.

Ma la crisi più profonda la sta attraversando attualmente la nozione giuridica di persona; e ciò per più ordini di ragioni. Da un lato, il concetto di persona, oltre ad adattarsi male ad embrioni e a concepiti, limita l'estensione di altre tutele, lasciando fuori – si è affermato<sup>122</sup> – gli animali subumani. Per non parlare della natura extraumana nel suo complesso, la biosfera: già nel 1979 Hans Jonas<sup>123</sup> si interrogava circa l'opportunità di riconoscerle la titolarità di 'diritti', operando un rovesciamento dell'etica tradizionale, *utilitatis causa*, una volta constatata la minaccia cui l'intero mondo vivente è sottoposto.

Su questa linea di pensiero, anche in ambito giuridico è attualmente in corso un abbandono – largamente condiviso – della

---

<sup>118</sup> G. SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano, 1944, specialm. 42.

<sup>119</sup> Dettagliata trattazione in A. DI STASI, *Alla ricerca di una nozione giuridica di 'embrione umano': il contributo del 'judicial dialogue' tra Corti internazionali*, in *Federalismi.it, Focus Human Rights – 16 gennaio 2015*, 2015.1.

<sup>120</sup> Sul punto, C. LANZA, *Diritto romano*, cit., 36 s., con altra lett.

<sup>121</sup> K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966, 36 s.

<sup>122</sup> V. soprattutto H. HATTENHAUER, *Grundbegriffe des bürgerlichen Rechts*<sup>2</sup>, München, 2000, § 1, II.

<sup>123</sup> H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung*, Frankfurt am Main, 1979.

tradizionale visione antropocentrica dell'ordinamento giuridico, il cui principale oggetto di tutela non si ritiene debba essere ancora costituito soltanto dalle persone e neppure soltanto dagli esseri viventi – umani e subumani –, ma dall'ecosistema globale<sup>124</sup>. La natura, l'uomo del presente e l'uomo del futuro (le generazioni future) sono adesso visti come una parte del tutto, e non più come i soli destinatari e utenti del diritto. Il 'principio responsabilità' teorizzato nel 1979 da Hans Jonas<sup>125</sup> ed il connesso concetto di 'sviluppo sostenibile', poi sfociati nella *Dichiarazione universale dei diritti umani e delle generazioni future*, adottata dall'Unesco il 26 febbraio 1994, hanno segnato l'ingresso di una nuova categoria giuridica, quella delle persone di un domani indefinito e indefinibile, cui pure si riconnette la titolarità di diritti soggettivi.

Si trattava all'epoca, come è risultato ben presto ovvio ed evidente, di dichiarazioni programmatiche, prive di contenuti giuridici di fatto operativi. Ciononostante, la questione, anche a seguito del rapido affermarsi del diritto dell'uomo a un ambiente salubre, ha suscitato l'attenzione dei giuristi<sup>126</sup>. Questi hanno inizialmente qualificato siffatto cospicuo allargamento della soggettività giuridica come soltanto potenziale, in quanto – alla luce della normativa allora vigente – produttivo di non-diritti, ovvero di 'diritti senza soggetto' (considerando come non-soggetti le generazioni future, così come i singoli individui facenti parte delle generazioni future, e, a maggior ragione, l'ambiente naturale). Discorso, questo, formalmente inappuntabile, ma che ha poi ceduto il passo a valutazioni meno rigide, a fronte della esigenza di estendere forme benché parziali di tutela ad entità o a situazioni

---

<sup>124</sup> S. CASTIGNONE, *I diritti degli animali: prospettive bioetiche e giuridiche*<sup>2</sup>, Bologna, 1998.

<sup>125</sup> H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung*, cit.

<sup>126</sup> F. RICCOBONO, *Soggetto persona diritti*, Napoli, 1999, 91; C. LANZA, *Diritto romano*, cit., 36 s.

che oggi il sentire comune ritiene meritevoli di protezione e regolamentazione giuridica, seppure nel solo ambito del *soft law* (si pensi, per esempio, ai contenuti dei Protocolli di Kyoto o di Parigi).

Sebbene si registrino resistenze all'ammissione dell'ambiente naturale in sé quale titolare di diritti, per quanto concerne gli animali la vasta considerazione sociale della loro sensibilità, e specie della loro capacità di soffrire, ha suscitato una serie di interventi decisi<sup>127</sup>. In ambito più strettamente tecnico-giuridico, il dibattito si è acceso in Europa a seguito della *Dichiarazione dei diritti dell'animale*, presentata a Bruxelles nel 1978 e nello stesso anno proclamata a Parigi per iniziativa dell'Unesco. Vi si affermava il 'diritto' dell'animale ad essere rispettato (art. 2), a non essere sottoposto a maltrattamenti (art. 3), a vivere in un ambiente adeguato alla specie di appartenenza (artt. 4 e 5). Non è stato facile accogliere questa proposta operativa, concepire la protezione di interessi in favore di entità diverse dalle persone fisiche o giuridiche, riconosciute come 'soggetti' dal diritto oggettivo<sup>128</sup>. Eppure, ha finito per prevalere la tesi secondo cui ogni animale, in

---

<sup>127</sup> Rinvio, sul tema, all'esposizione di V. VADALÀ, *Prospettazione storico-evolutiva dei diritti degli animali*, in *Giust. civ.*, 3, 2017, 549 ss., che ripercorre anche le tappe principali del pensiero filosofico occidentale relativo all'eventuale riconoscimento di doveri morali e di obblighi giuridici nei confronti degli animali, individuando in David Hume e in Jeremy Bentham i primi filosofi inclini a riconoscere agli animali la capacità di percepire il dolore, e dunque di avere sensazioni ed emozioni, se non addirittura pensiero e ragione. L'A. procede quindi ad illustrare i termini del dibattito contemporaneo sui diritti degli animali, incentrato sulla figura di derivazione anglosassone, dell'«interesse a non soffrire», così come dell'«interesse alla vita e alla salute». Fondamentale, sul punto, la magistrale trattazione di A. FALZEA, *I fatti giuridici della vita materiale*, in *Riv. dir. civ.*, I.1, 1982, 496 ss.

<sup>128</sup> V. per es. C.M. MAZZONI, *La questione dei diritti degli animali*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *La questione animale*, a cura di S. Castignone e L. Lombardi Vallauri, Milano, 2012, 289 ss.

quanto essere vivente e senziente, ha il ‘diritto’ al rispetto; perché meritevoli di tutela, secondo un folto orientamento dottrinale, possono essere, accanto ai ‘soggetti di diritto’, anche altri esseri viventi<sup>129</sup>.

In questa svolta, nella costruzione teorica dei nuovi assetti ha assunto un ruolo determinante il richiamo al principio di uguaglianza, la cui osservanza – si sostiene – implica che si abbia uguale considerazione per esseri diversi. La stessa quantità di sofferenza, pertanto, deve essere valutata in modo identico, prescindendo dalle qualità e dalla condizione giuridica del ‘soggetto passivo’. È appunto su queste basi che nel 1975, in *Animal Liberation*, il filosofo australiano Peter Singer<sup>130</sup> ha teorizzato una serie di ‘doveri dell’uomo nei confronti dell’animale’ (negando però la possibilità di configurare veri e propri diritti in capo agli animali). Mentre il filosofo americano Tom Regan<sup>131</sup> nel 1983, con il saggio *Animal Rights* è andato ben oltre, affermando – su ispirazione giusnaturalista – l’esistenza di ‘diritti degli animali’. In Italia, la giurisprudenza della S.C. ha immediatamente accolto il nuovo orientamento, sancendo la protezione diretta degli animali, «considerati quali esseri capaci di reagire agli stimoli del dolore»<sup>132</sup>.

Persino i più recenti testi legislativi prendono atto di questa svolta<sup>133</sup>. Già nel 1990, nell’area mitteleuropea si crea una

---

<sup>129</sup> V. in partic. L. LOMBARDI VALLAURI, *Testimonianze, tendenze, tensioni del diritto animale vigente*, in *Trattato*, cit., *La questione animale*, cit., 249 ss.

<sup>130</sup> P. SINGER, *Animal liberation*, 1975, che cito dalla tr. it., *Liberazione animale*, Milano, 1991.

<sup>131</sup> T. REGAN, *Animal Rights*, 1983, che cito dalla tr. it., *I diritti animali*, Milano, 1990.

<sup>132</sup> La Corte di Cassazione italiana ha ritenuto, in relazione all’art. 727 cod. pen., che la norma tuteli gli animali in considerazione della loro natura (Cass. pen., sez. III, 27 aprile 1990 n. 6122, in *Riv. pen.*, 1990, 545).

<sup>133</sup> In tema, P.P. ONIDA, *Dall’animale vivo all’animale morto. Modelli filosofico-giuridici di relazione fra gli esseri animati*, in *D@S*, 7, 2008.

significativa zona grigia con il dettato (entrato in vigore nel 1990) del § 90a del BGB: «gli animali non sono cose» («Tiere sind keine Sachen. Sie werden durch besondere Gesetze geschützt»), sancendo in tal modo l'esclusione degli animali dal novero degli oggetti di diritto<sup>134</sup> e il rinvio a leggi speciali per la loro protezione. Poi, la tutela degli animali ha ottenuto alcuni, significativi riconoscimenti costituzionali. La Costituzione federale della Confederazione svizzera del 18 aprile 1999 ha sancito la tutela degli animali con riguardo alla loro conservazione, prevedendo (art. 80) l'emanazione di norme a protezione degli animali da parte della Confederazione. E nel 2002 è stato introdotto un emendamento nella Costituzione federale tedesca, in forza del quale tra i compiti dello Stato figura adesso quello di proteggere gli animali (art. 20a).

Ma vi è un dato che riveste – a mio avviso – particolare interesse: già nel 1993 alcuni Länder avevano qualificato apertamente gli animali 'creature giuridiche', così abbattendo il tradizionale spartiacque tra 'oggetto' e 'soggetto' di diritto<sup>135</sup>. Ed è in buona sostanza su questa linea di pensiero che, nel 2014, un tribunale argentino ha dichiarato Sandra, una femmina di orangotango rinchiusa da circa venti anni nello zoo di Buenos Aires, una «persona non umana» («non-human person») illegalmente detenuta<sup>136</sup>. La causa è stata perorata da un gruppo di legali animalisti, l'«Association of Professional Lawyers for Animal Rights» (AFADA). Secondo la tesi sostenuta dagli avvocati dell'AFADA, ed accolta dal tribunale argentino, l'orango Sandra era in possesso di funzioni cognitive sufficienti per non essere considerato un 'oggetto' di diritti, ma, appunto, «persona non umana» legittimata a godere dei diritti fondamentali, ivi incluso

---

<sup>134</sup> Così J.F. STAGL, *Da 'qualcosa'*, cit., 90.

<sup>135</sup> Sul punto, V. VADALÀ, *Prospettazione*, cit., 570 s.

<sup>136</sup> La notizia è apparsa su *The Guardian*, 23 dicembre 2014.

quello alla libertà. La sentenza ha suscitato vivaci reazioni, sia perché l'uso della categoria tradizionale 'persona' è valsa ad estendere il diritto (umano) alla libertà a un animale subumano; sia perché i legali hanno fatto ricorso, con successo, a uno strumento giuridico ordinariamente usato per richiedere la scarcerazione degli esseri umani.

Non è questa la sede per dibattere ulteriormente della complessa questione sociologica e tecnico-giuridica dei c.d. diritti degli animali (e in particolare di quelli dotati di funzioni cognitive elevate). Del resto, è molto specifico il profilo che qui rileva: della sentenza in parola, interessa sottolineare come il giudice si sia avvalso, ai fini della sua decisione (e accogliendo la tesi della parte attrice), del significato originario – non tecnico-giuridico – di 'persona'<sup>137</sup>, e cioè la maschera<sup>138</sup>, che riproduce le sembianze di un qualunque essere vivente, uomo o animale che sia. Pure con i successivi, sensibili mutamenti semantici, mai, nella letteratura giuridica latina, il vocabolo *persona* ci risulta utilizzato per indicare in via esclusiva il 'titolare di diritti soggettivi': quest'ultima costruzione – ignota ai Romani – è espressione dell'individualismo borghese e frutto della scienza giuridica europea dell'età moderna<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> Sulla non pacifica etimologia di *persona* e sull'evoluzione della sua semantica, cfr. V. SCARANO USSANI, *La 'scoperta' della persona*, in *Ostraka*, 18.1, 2000, 237 ss.; U. AGNATI, *'Persona iuris vocabulum'*, cit., 2 ss., con fonti e rassegna della prec. bibl.

<sup>138</sup> Gell. *noct. Att.* 5.7.

<sup>139</sup> Così F.P. CASAVOLA, *I diritti umani*, cit., 2 s..

### 5. *La persona come ‘soggetto di diritto’: uno schema da obliterare?*

Da quanto sin qui considerato, risulta chiaro che l’antica categoria ‘*persona*’, sebbene in qualche caso inadeguata e insufficiente all’edificazione dei diritti umani, ha per essi posto il primo, indefettibile basamento. Come sottolinea Francesco Paolo Casavola, «Il termine *persona* costituisce un nodo semantico centrale nella cultura dell’uomo occidentale e, attraverso questa, della civilizzazione del mondo. Esso raccoglie infatti sia l’individuo concreto e particolare nei ruoli manifesti della relazionalità sociale, sia l’essenza della dignità e il corredo delle profonde vocazioni e universali istanze dell’essere umano»<sup>140</sup>.

Nella teologia cristiana, la nozione di *persona* attiene inizialmente al problema trinitario<sup>141</sup>: nel pensiero di Tertulliano (*Contra Praxeam*), unità e pluralità si coniugano grazie alla categoria della *persona*, propria del diritto romano. Osserverà nel IV secolo d.C. il teologo greco Gregorio Nazianzeno<sup>142</sup>, che le ‘persone’ sono divise senza divisione e sono unite nella divisione: tre persone, un’unica sostanza<sup>143</sup>.

Alcuni secoli dopo, si registra un altro, significativo utilizzo del termine *persona*, da parte della teologia cristiana. Il glossatore

---

<sup>140</sup> F.P. CASAVOLA, *I diritti umani*, cit., 1.

<sup>141</sup> Ampia disamina in R. ESPOSITO, *Due. La macchina della teologia politica e il posto del pensiero*, Torino, 2013, 91 ss. La codificazione legislativa della Trinità, nei termini del dogma cristiano cattolico stabilito con il Concilio di Nicea (a. 325), ci è conservata in C. 1.1.5.1 e in C. 1.1.6.4 (*patrem filium et sanctum spiritum, unam substantiam in tribus personis*). V. sul punto O. DILIBERTO, *La macchina della teologia politica e il posto del pensiero*, in *SDHI*, 81, 2015, 423 ss., specialm. 426 s.

<sup>142</sup> *Orat.* 31. In lett., C. MORESCHINI, *Filosofia e letteratura in Gregorio di Nazanzo*, Milano, 1997, 117 ss.

<sup>143</sup> Sul punto, v. anche le osservazioni svolte sul saggio di R. ESPOSITO, *Due*, cit., da parte di O. DILIBERTO, *La macchina*, cit., 424.

canonista Sinibaldo dei Fieschi<sup>144</sup>, sulle orme di San Paolo, il quale aveva visto nella Chiesa un *corpus mysticum*, definisce appunto *corpus mysticum* l'ente giuridico ecclesiastico, introducendo così un concetto chiave che sarebbe stato poi richiamato dal glossatore Azzone e dal commentatore Bartolo. Ma soffermiamoci sul dato di maggiore rilievo: Sinibaldo, nel teorizzare la personalità degli enti immateriali, ricorre all'artificio di una finzione, di questo tenore: *cum collegium in causa universitatis fingatur una persona*<sup>145</sup>. La stessa costruzione verrà utilizzata in seguito anche da Bartolo, Baldo, e Paolo di Castro, il quale ultimo giunge ad affermare apertamente che l'*universitas* è una *persona invisibilis*, concepibile come tale solo attraverso una finzione. La nozione di 'persona' entra così a far parte del lessico giuridico con una semantica diversa e, in linea di tendenza, più ristretta rispetto a quella ereditata dalla tradizione romana: la 'persona' si sovrappone e tende ad identificarsi con il 'soggetto di diritto'.

Torniamo allora all'attuale dibattito sull'utilità e sull'opportunità di rifarsi, in materia di diritti umani, al termine 'persona' (poi assunto a categoria giuridica). Come ho accennato nella parte introduttiva di questo studio<sup>146</sup>, il richiamo alla categoria 'persona' è divenuto oggetto di una radicale revisione critica. Alla base, vi è la diffusa constatazione di una parziale fallimento dei diritti umani, che hanno riscosso pressoché unanime successo quali enunciati filosofici, ma fanno poi difetto sul piano operativo e

---

<sup>144</sup> Poi divenuto Pontefice con il nome di Innocenzo IV.

<sup>145</sup> Sulla costruzione di Sinibaldo dei Fieschi, cfr. A. CAMPITELLI, *'Cum collegium in causa universitatis fingatur una persona'. Riflessioni sul commento di Sinibaldo dei Fieschi*, in RSDI, 61, 1988, 65 ss.; F. BELVISI, *Alle origini dell'idea di istituzione. Il concetto di 'collegium' come 'persona ficta' in Sinibaldo dei Fieschi*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 23, 1993, 3 ss.; H. HOFMAN, *Rappresentanza-Rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, Milano, 2007, 153 ss.

<sup>146</sup> Sopra, § 1.

fattuale: secondo il giurista e storiografo classicista francese Michel Villey, il cui pensiero è alquanto largamente condiviso, «i diritti dell'uomo sono irreali. La loro impotenza è evidente. [...] Il loro torto è di *promettere* troppo»<sup>147</sup>. Questa 'valanga di diritti dell'uomo' si caratterizza per un «linguaggio indistinto, pericolosamente vago, generatore d'illusioni e di false rivendicazioni impossibili da soddisfare»<sup>148</sup>. Insomma, la funzione dei diritti umani è essenziale, ma sul piano operativo si registrano non pochi fallimenti, o antinomie (per esempio, il diritto alla vita mal si concilia con la libertà di abortire)<sup>149</sup>.

Se poi ci si interroga sui fattori ai quali imputare obliterazioni e contraddizioni, le opinioni divergono. Villey<sup>150</sup>, insieme a molti altri giuristi e filosofi, rimprovera ai sostenitori dei diritti umani la mancanza di concretezza, di cui necessita il diritto: il linguaggio dei diritti dell'uomo sarebbe in buona parte privo di senso, in quanto intraducibile in atti concreti. Ma, secondo un diverso orientamento, l'ostacolo alla piena realizzazione di alcuni diritti umani sarebbe da attribuirsi al tradizionale ricorso alla categoria della 'persona', che si rivelerebbe ormai inadeguata alle nuove istanze di tutela.

A partire dal 2007, il filosofo napoletano Roberto Esposito ha sferrato un dura, sistematica e serrata critica all'utilizzo tralaticio della categoria giuridica 'persona'<sup>151</sup>, attribuendole addirittura il fallimento dei diritti umani. Secondo il filosofo napoletano, 'persona', più che una categoria giuridica, per antica tradizione sarebbe un meccanismo escludente. In relazione al godimento dei diritti soggettivi, il ricorso alla qualifica di persona provocherebbe

---

<sup>147</sup> M. VILLEY, *Il diritto*, cit., 23.

<sup>148</sup> M. VILLEY, *Il diritto*, cit., 183.

<sup>149</sup> M. VILLEY, *Il diritto*, cit., 26.

<sup>150</sup> M. VILLEY, *Il diritto*, cit., 19.

<sup>151</sup> R. ESPOSITO, *Il dispositivo*, cit.; *Terza persona*, cit.

– anziché sanare – uno scarto tra uomo e cittadino, diritto e vita, anima e corpo. In quest’ottica, il ‘dispositivo persona’ produrrebbe quale effetto primario – asserisce Esposito – la separazione all’interno del genere umano e persino all’interno del singolo uomo, distinguendo la zona razionale e volontaria da quella biologica. La potenza performativa di tale dispositivo, di matrice romana e cristiana, è valutata pertanto negativamente da Esposito, il quale ne propugna l’immediato abbandono, in favore della categoria dell’‘impersonale’: terza persona sarebbe appunto, nella rappresentazione di Esposito, quella che si sottrae al tradizionale meccanismo escludente di ‘persona’, restituendo l’originaria unità dell’essere vivente<sup>152</sup>.

Sulla stessa linea di pensiero, in buona misura, mi sembra porsi il saggio, pubblicato nel 2015, *‘Homo deus’. A Brief History of Tomorrow*<sup>153</sup> dello storico israeliano Yuval Noah Harari, il quale, attraverso percorsi del tutto differenti, giunge a conclusioni sotto certi aspetti non dissimili da quelle di Esposito. Grazie ad una rara capacità distruttiva dei modelli del passato, il docente della Hebrew University di Gerusalemme celebra la fine dell’individuo e l’affermazione del valore della collettività. Il mondo degli algoritmi (‘invasione algoritmica’), con la sua rivoluzione digitale, ha reso inutile l’uomo singolo come guerriero, studioso, medico, avvocato, ingegnere. Nel futuro saranno ben pochi – prevede Harari – i singoli individui che il sistema continuerà a considerare preziosi; poi ci sarà la massa, o, forse meglio, la collettività. Da qualunque prospettiva la si veda, sembra insomma decretata la fine dell’individuo.

---

<sup>152</sup> Esposizione e puntuale critica di questa costruzione in J.F. STAGL, *Da ‘qualcosa’, cit.*, 114 s.

<sup>153</sup> *‘Homo deus’. Breve storia del futuro*, trad. it. Milano, 2017.

Prima di guardare alle questioni giuridiche che la esposizione di Harari solleva, mi sembra opportuna una precisazione. Alla base di questo smantellamento ad ampio spettro della categoria ‘persona’, operato nell’ambito delle scienze umane e sociali, vi è il progresso della nanotecnologia: una ricerca svolta presso la Singularity University della Silicon Valley, i cui risultati sono stati illustrati già da alcuni anni dallo scienziato David Orban, dimostra che tra circa venticinque anni sarà possibile riversare il contenuto di tutti i cervelli della popolazione mondiale (nove miliardi di persone, secondo le stime più accreditate) in un normale computer<sup>154</sup>. A ogni essere umano si porrà allora la scelta se trasferire il contenuto del proprio cervello (personalità inclusa) in una macchina, oppure no. In caso di decisione affermativa, l’essere umano avrà accesso ad una vita (cerebrale) eterna. Non solo: l’uso delle nuove macchine renderà possibile anche divenire esseri umani potenziati tecnologicamente: ottenere cioè un incremento dei livelli di comprensione e delle capacità sensoriali e fisiche, nonché un miglioramento e una moltiplicazione delle interazioni tra individui e tra individui e gruppi. E allora, con l’entrata in funzione dei nuovi computer neuromorfici e delle altre opportunità tecnologiche, il ‘valore’ dell’individuo, della persona nel suo complesso (corpo e ‘anima’), verrà definitivamente scosso.

Ma, come è stato osservato da Alfred Nordmann, docente di Filosofia della Scienza a Darmstadt, la nanotecnologia apre più questioni filosofiche di quante non sia in grado di risolverne<sup>155</sup>. E crea anche – è il caso di aggiungere – una vasta gamma di

---

<sup>154</sup> M. PERSIVALE, *Il computer dentro: l’era del nano-mondo*, ne *Il corriere della sera*, 29 aprile 2017, 29.

<sup>155</sup> M. PERSIVALE, *Il computer*, cit.

problematiche giuridiche<sup>156</sup>. Tra queste: l'individuazione delle responsabilità per il cattivo funzionamento delle macchine, la tutela della sicurezza pubblica, la protezione dei diritti e della libertà degli individui. Problemi che dovranno ricevere soluzioni diverse in ragione della natura delle macchine, a seconda cioè che si tratti di robot meramente esecutivi, o, viceversa, di robot autonomi e cognitivi (cioè macchine che sfruttano processi analoghi ai processi cognitivi umani, e dunque risultano in grado di ragionare, pianificare, apprendere). I primi sono senza dubbio 'oggetti', ma i secondi? Con riguardo ai robot 'agenti', che si è ormai concordi nel non considerare come mere *res*, si arriverà a configurare un 'diritto alla vita'? Il quesito è stato già posto ed ha trovato parziali risposte<sup>157</sup>.

Altre ancora saranno le questioni da affrontare: con quali modalità l'individuo dovrà prestare il consenso al caricamento dei propri contenuti cerebrali? E a quali condizioni? È prevedibile che la 'condivisione' di un cervello ad alto tasso di creatività induca ad una contrattazione: i cervelli sono tutti diversi, e avranno – verosimilmente – diversi prezzi di mercato. Ed ecco allora rientrare in scena, con prepotenza, il rilievo della tutela della 'persona' umana, e della regolamentazione delle modalità della sua eventuale sopravvivenza, di tipo cerebrale, nella memoria di una macchina, di una intelligenza artificiale.

Insomma, sotto certi aspetti e in determinati ambiti sembra che, da qualunque prospettiva lo si guardi, il concetto di persona (in quanto sovrapposto al concetto di uomo/individuo) non sia più all'altezza delle esigenze del nostro tempo. Per conseguenza, lo

---

<sup>156</sup> V. sul punto il denso saggio di A. SANTOSUOSSO, C. BOSCARATO, F. CAROLEO, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, in *La nuova giurisprudenza commentata*, luglio/agosto 2012, 494 ss.

<sup>157</sup> V. quanto esposto in A. SANTOSUOSSO, C. BOSCARATO, F. CAROLEO, *Robot*, cit.

schema della ‘persona-soggetto di diritto’ si rivela inidoneo ad affrontare realtà del sentire comune o del progresso tecnologico del tutto impensabili nel momento storico in cui la categoria in oggetto è stata formulata. Ma al tempo stesso, se è indubbio che una estensione della tutela giuridica ad entità ‘non persone umane’ debba esserci, non è detto che la categoria giuridica della persona sia da eliminare. In certi campi, una interpretazione estensiva, ma consapevole del significato etimologico e/o logico-giuridico di persona, potrebbe rivelarsi sufficiente a contenere nei limiti oggi ritenuti ‘giusti’ l’applicazione dei diritti fondamentali. Ciò non significa volere rimanere ancorati a tutti i costi ad una nozione tralatticia di persona o affermare che soltanto attraverso di essa si può conseguire la migliore tutela dei diritti umani. Interessa piuttosto verificare attraverso quali percorsi e ampliamenti semantici della categoria-strumento a disposizione e con quali risultati la scienza giuridica si sia impegnata fino ad ora – e si possa impegnare nel futuro – per estendere progressivamente il novero dei diritti fondamentali e assicurarne la corretta applicazione.

Non vi è dubbio che la categoria ‘persona’ sul piano giuridico sia stata talora compatibile con la discriminazione tra gli esseri viventi, fino ad essere piegata a una «funzione disumanizzante»<sup>158</sup>, pur non essendone mai stata vero e proprio strumento d’elezione. Ma è anche vero che al tempo stesso la categoria ‘persona’ è stata utilizzata sin dai tempi più remoti per indicare quel nucleo minimo di considerazione e di tutela spettante agli esseri umani in quanto tali<sup>159</sup>, a prescindere dal *quantum* di titolarità di situazioni attive e persino da situazioni di subordinazione a poteri altrui.

---

<sup>158</sup> Così J.F. STAGL, *Da ‘qualcosa’*, cit., 91 s., con fonti.

<sup>159</sup> V. sopra, §§ 2 e 3. Per il diritto moderno e contemporaneo, P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, specialm. 13 s., dove si afferma che con la nozione di *persona* si è cristallizzata una ineludibile protezione minima dell’essere umano.

Si prospetta l'eventualità di radicali cambiamenti e se questi sono opportuni vanno favoriti. Tuttavia, occorre tenere presente un rischio: una abnorme proliferazione di diritti umani e pseudo-umani (diritti di animali, di generazioni future, di intelligenze artificiali), che sarebbe il portato dell'obliterazione della categoria giuridica 'persona', potrebbe produrre una ulteriore generale diluizione della loro operatività e della loro forza d'impatto sulla coscienza morale e giuridica. Per altro verso, l'eccessivo aumento di diritti fondamentali comporterebbe inevitabilmente un drastico ridimensionamento di altre situazioni giuridiche (mi riferisco ad interessi contrapposti, ma parimenti meritevoli di tutela) che sarebbe ingiusto sacrificare. Non è per ottuso tradizionalismo, ma è al contrario *utilitatis causa*, che potrebbe riaffermarsi oggi, e con forza, l'opportunità di non sbarazzarsi con eccessiva disinvoltura della categoria giuridica di 'persona'.

E infine, una considerazione di carattere più generale. Di certo, non basta dichiarare i diritti perché questi divengano effettivamente operanti, specie se le rivendicazioni scaturiscono dal pensiero filosofico. Cionondimeno, è incauto tacciare aprioristicamente di inutilità gli enunciati privi di specifici contenuti tecnico-giuridici: il valore performativo delle parole e delle formule espressive non può essere sottovalutato. Il linguaggio dei diritti dell'uomo è senz'altro enfatico, retorico, generico, talora contraddittorio, ma indica per lo più direzioni precise e ineludibili, quando esse vengono universalmente condivise. La matrice filosofica dei diritti dell'uomo è nota ed evidente; ed è questa la ragione primaria per cui si rivela ardua la loro trasposizione sul piano dell'effettività. Ma sappiamo bene che la divaricazione tra diritto formale e vita reale, tra Sollen e Sein, è propria di ogni esperienza giuridica, sociale, politica. È inevitabile che questo iato si riveli più forte nell'ambito dei diritti fondamentali, in cui i valori morali e politici, sfociati in ambizioni universalistiche, si scontrano

con una ridotta capacità pratica di implementazione, per la difficoltà di tradurre in obiettivi politici e in norme giuridiche gli enunciati filosofici<sup>160</sup>. È compito dello storico mettere in luce contraddizioni e aporie che si riscontrano nella teoria e nella pratica dei diritti. Ed è compito del giurista impegnarsi per rimediare alle incertezze, eliminare le ambiguità, comporre le antinomie, sfrondare gli eccessi, rendere concreta la vaghezza, tradurre le parole e gli ideali in realtà operative. Beninteso, nei limiti in cui ciò si riveli possibile sul piano tecnico e opportuno in ipotesi di difficile conciliabilità tra valori o interessi eterogenei.

### ABSTRACT

Il saggio si sofferma, attraverso una visuale diacronica, sul problema della individuazione dei diritti umani e sulla questione della loro difficile concretizzazione: in questa visuale, da un lato, si assume come premessa che tali diritti sono stati ‘inventati’ (in senso latino) soltanto nel XVII-XVIII secolo e, dall’altro, si guarda all’esperienza giuridica romana soprattutto per inquadrare il ruolo del *ius naturale*, in particolare nella elaborazione del concetto di ‘persona’. Vengono quindi illustrati i limiti e i termini in cui il diritto romano ha generato i paradigmi e le categorie che in seguito verranno utilizzati per la costruzione dei diritti fondamentali. Infine, viene analizzata la crisi della nozione giuridica di ‘persona’, toccando altresì le tematiche dell’ampliamento dei destinatari dei cd. diritti fondamentali e delle conseguenze derivanti in materia dall’avvento delle nuove tecnologie digitali, e vengono prospettati i rischi che l’abbandono di tale nozione comporterebbe; rischi che

---

<sup>160</sup> Così M. FLORES, *Storia*, cit., 8.

lo storico e il giurista devono scongiurare affinché i diritti umani sanino il loro torto «di promettere troppo».

The essay focuses, through a diachronic analysis, on the problem of the identification of human rights and on the problem of their difficult concretization: in this view, on the one hand, we keep as a premise that these rights have been ‘invented’ (in the Latin sense of the word) only in the XVII-XVIIIth century and, on the other, we look at the Roman juridical experience in order to detect the role of the *ius naturale*, in particular in the elaboration of the concept of ‘person’. Then we illustrate the limits and terms in which Roman law has generated the paradigms and the categories that will later be used for the construction of fundamental rights. In the end, we analyze the crisis of the legal concept of ‘person’, also touching the themes of the extension of the recipients of the so called fundamental rights and the consequences coming from the advent of new digital technologies, and then we envisage the risks that the abandonment of this concept would entail, risks that the historian and the jurist must avoid in order for human rights to heal their wrong of “promising too much”.

LAURA SOLIDORO

Professore ordinario di Istituzioni di diritto romano

Università degli Studi di Salerno

E-mail: lsolidoro@unisa.it

