TEORIA E STORIA
DEL DIRITTO PRIVATO
RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE
PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Il volere nelle fragilità

a cura di
Laura Solidoro e Margherita Scognamiglio

Estratto

Numero Speciale – Anno 2025
www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico
A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), P. Buongiorno (Univ. Macerata), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), R. Laurendi (Univ. Genova), 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. Autònoma de Barcelona), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno)

Comitato Editoriale
A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M.V. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), A. Guasco (Univ. Telematica Giustino Fortunato), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), P. Pasquino (Univ. Cassino), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciuoglio (Univ. Torino)

Redazione
Coordinatore: C. De Cristofaro (Univ. Salerno) – **Membri:** M. Amabile (Univ. Salerno), G. Balestra (Univ. Salento), M. Beghini (Univ. Roma Tre), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), D. Ceccarelli Morolli (P.I.O. – Univ. G. Marconi), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano), C. Iovacchini (Univ. Roma 'La Sapienza'), M. Melone (Univ. Roma 'La Sapienza'), A. Natale (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione
C. Cascone, M.S. Papillo

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

Teoria e Storia del Diritto Privato
ISSN: 2036-2528
Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider: Aruba S.p.A., Via San Clemente n. 53, Ponte San Pietro (BG), P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

I saggi che compongono questo Numero Speciale di Teoria e Storia del Diritto Privato sono stati sottoposti al giudizio di due Referees con il sistema del 'double blind'.
In Redazione per questo numero speciale: A. Natale (Univ. Salerno), G. Balestra (Univ. Salento).

Il numero speciale è stato pubblicato online nel 2025.

Pubblicazione realizzata e finanziata nel quadro del Progetto di ricerca PRIN 2022 *"2022R739JM - The Regulatory Will"* - finanziato dall'Unione europea - Next Generation EU - Missione 4 "Istruzione e Ricerca" - Componente C2 Investimento 1.1, "Fondo per il Programma Nazionale di Ricerca e Progetti di Rilevante Interesse Nazionale (PRIN) - CUP n. D53D23007410006.









Il volere nelle fragilità

SOMMARIO: 1. Verso un nuovo volontarismo – 2. 'Vulnerabilità', una nozione incerta – 3. Vulnerabilità e diritto – 4. I soggetti vulnerabili – 5. Gli stati di dipendenza: profili giuridici – 6. La tutela italiana del contrente 'fragile' – 7. I 'nuovi vizi' – 8. Sull'importanza della prospettiva storica – 9. I volti antichi della vulnerabilità nella proiezione giuridica.

1. *Verso un nuovo volontarismo*

Il parziale tramonto della causa e della forma quali elementi essenziali del contratto sembrano andare oggigiorno di pari passo con l'allontanamento dai tipi tradizionali del contratto: due fenomeni indotti entrambi, in buona misura, dalla *Lex mercatoria*, ormai riconosciuta come fonte di regolamentazione dei contratti, e dal diritto contrattuale europeo nella sua composita formazione di disposizioni normative e sentenze[1]. Queste nuove tendenze, una volta congiuntesi con le forme di implementazione del diritto della persona all'autodeterminazione recentemente comparse[2], ci

[1] Ampia trattazione in *Causa contractus. Auf der Suche nach den Bedingungen der Wirksamkeit des vertraglichen Willens*, ed. by G. Albers, F.P. Patti and D. Perrouin-Verbe, Tübingen, 2022.

[2] Rinvio sul punto a C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa e Diritto privato*, 4, 2010, 1037 ss.; G. MARINI, *Il consenso*, in *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà e M. Tallerini, Milano, 2010, 361 ss.; *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale? Atti del Convegno nazionale dell'U.C.C.I. (Pavia, 5-7 dicembre 2009)*, a cura di F. D'Agostino, Milano, 2012. Tra

pongono di fronte ad una nuova stagione del 'volontarismo giuridico', che si esprime in una spiccata tendenza volta a identificare nella volontà dei contraenti il momento essenziale e la regola assoluta del rapporto contrattuale, nonché nell'esigenza di vagliare con la massima cura le condizioni di efficacia della volontà contrattuale, tra cui il pieno adempimento agli obblighi di informazione[3].

Emblematici di tale orientamento sono già i 'Principi di diritto europeo dei contratti' del 2001, più in particolare, al Cap. II (Formazione del contratto), l'art. 2:101 (Requisiti dell'accordo delle parti): «(1) Il contratto è concluso quando (a) le parti hanno manifestato la volontà di vincolarsi giuridicamente e (b) hanno raggiunto un accordo sufficiente. Non è richiesto alcun altro requisito. (2) Né la conclusione né la prova del contratto necessita della forma scritta o di altro requisito di forma. La prova del contratto può essere data con qualsiasi mezzo, compresa la testimonianza».

Alla tutela della libertà contrattuale, intesa come la libertà di scegliere se, a quali condizioni e con chi concludere un contratto, si affiancano oggi le tutele della libertà nelle scelte procreative, di disposizione del proprio corpo, delle terapie mediche, della scelta di 'fine vita', efficacemente supportate dalla giurisprudenza della Corte EDU[4]. Il consenso, insomma, è divenuto un principio

la giurisprudenza italiana in materia, segnalo in part. Cass., 13 febbraio 2015, n. 2854; Cass., 11 dicembre 2013, n. 27751.

[3] In Italia, la volontà dei contraenti è stata indicata quale criterio primario di interpretazione del contratto dalla seconda sezione civile della Corte di Cassazione, con ordinanza del 21 luglio 2021, n. 20925.

[4] In materia, tra la sconfinata letteratura, v. in part., per la giurisprudenza della Corte EDU sugli aspetti qui trattati, sulla legislazione degli Stati membri e per gli orientamenti dottrinali: S. RODOTÀ, *La persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in *Ambito*, cit., 169 ss.; *Percorsi tra bioetica e diritto alla ricerca di un bilanciamento*, a cura di L. Chieffi e P. Giustiniani, Torino, 2010; U. VERONESI, *Il*

cardine dell'ordinamento giuridico, «il fulcro intorno al quale ruotano i diritti della persona, la cui tutela tende a ristrutturarsi sulla scia del modello della libera costruzione della sfera privata intorno al diritto di (auto-)determinare le modalità con le quali deve essere ricostruita la propria identità»[5].

Si comprende bene che, in questa prospettiva, le indagini sulla volontà si sono rapidamente moltiplicate. E le nuove dinamiche contrattuali, dipendenti dallo sviluppo dei mercati, hanno palesato più marcate esigenze di protezione della volontà del singolo[6]. Soprattutto il novero dei c.d. vizi della volontà – così come recintati tra XIX e XX secolo – appare insufficiente rispetto all'esigenza, diffusamente avvertita, di riconoscere rilevanza giuridica anche ad altre situazioni, non consistenti nel subire inganni o minacce in senso stretto, ma del pari idonee ad incidere sulla sana formazione della volontà, precludendola o limitando l'autodeterminazione della persona; si tratta di situazioni quali lo stato di dipendenza – economica e anche soltanto psicologica – e lo stato di fragilità o vulnerabilità del soggetto autore della volizione. Emergono perciò forti spinte verso il riconoscimento della rilevanza giuridica delle condizioni di fragilità di una parte contrattuale o dell'autore di un atto giuridico. Non si accetta più che l'approfittamento di una condizione di debolezza (mediante la c.d. violenza economica o l'abuso di stati di dipendenza, o forme di circonvenzione che

diritto di non soffrire. Cure palliative, testamento biologico, eutanasia, Milano, 2011; R. DI MARCO, *Il diritto di autodeterminazione*, Napoli, 2017; P. GRIMALDI, *Gli accordi di maternità surrogata tra autodeterminazione sulle scelte procreative, autonomia privata e best interest of the child*, in *Familia*, 3, 2017, 323 ss.; per una efficace sintesi dei diritti della persona nelle scelte di fine vita, M. BARLETTA, *Diritto all'autodeterminazione del paziente nelle decisioni fine vita in Europa: riflessioni a margine della sentenza Mortier c.Belgio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Federalismi.it*., 2, 2023, 183 ss.

[5] G. MARINI, *Il consenso*, cit., 362 s.

[6] Denunziava tali istanze già M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995.

producano iniquità o squilibri nei patti, o uso e diffusione di dati personali di persone fragili) resti privo di sanzione giuridica: la condizione di fragilità – o vulnerabilità – viene concepita quale prerequisito del condizionamento psicologico.

Da non pochi anni la *quaestio voluntatis* è balzata in primo piano[7]. Le strade da percorrere per rispondere alle nuove esigenze potevano essere molteplici. Produrre interpretazioni estensive della disciplina dei vizi del consenso si è prospettata come un'operazione lunga e molto delicata. In prima battuta, perciò, nei vari campi del sapere si sono approfonditi i presupposti della volizione e del consenso, presupposti che, se non sussistenti, se non sviluppati, e proprio in quanto non sviluppati, si considerano ora tali da escludere l'efficacia o la validità del negozio; il quale verrà inficiato in caso di circostanze in contrasto con il verificarsi dei presupposti di una formazione sana, non viziata della volontà[8].

Dunque, al fine di implementare il diritto all'autodeterminazione e per realizzare una tutela effettiva della libertà contrattuale, un certo numero di 'nuovi vizi'[9] della volontà è già stato disciplinato in alcuni ordinamenti giuridici, mentre in altri si trova attualmente in fase di avanzato stato di elaborazione. Alla debolezza, alla fragilità di una parte è stata riconosciuto rilievo giuridico con svariate norme, nazionali e internazionali, che hanno frantumato tanto il solido recinto dei tradizionali vizi della volontà,

[7] Lo rileva A. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003.

[8] Mi collego così con le riflessioni di F. CALASSO, *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*, Milano, 1959, 29 ss., 219 ss.; per il diritto vigente, B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, 46 ss.; A. GIANOLA, *L'integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo. Immaginando i vizi del XXI secolo*, Milano, 2008, con bibl.; sul tema, resta fondamentale l'impostazione impressa da K. LARENZ, *Storia del metodo della scienza giuridica*, ed. it. a cura di S. Ventura, Milano, 1966, 32 ss.

[9] In materia, v. già I. D'ADDARIO, *I nuovi vizi del consenso*, in *I vizi del consenso*, a cura di A. Fasano, Torino, 2013, 259 ss.

tanto il 'numero chiuso' degli istituti e delle categorie della tradizione giuridica posti a presidio delle fragilità: rescissione, incapacità naturale e circonvenzione di incapace non colgono alcune situazioni di debolezza del soggetto, situazioni che oggi reclamano un'adeguata tutela. La condizione di grave inferiorità rispetto alle conoscenze, al potere e all'influenza della controparte produce un effetto distorsivo dell'esercizio dell'autonomia privata, cui si avverte l'esigenza di porre rimedio.

Lungo questo – non facile – percorso di riconoscimento di 'nuovi vizi' del consenso (o vizi atipici del consenso), non sono mancate manifestazioni di insofferenza verso il nostro assetto codicistico. Il problema della rilevanza giuridica della volontà nel compimento degli atti di autonomia privata, così come inquadrato nel cod. civ. del 1942, viene connesso comunemente con la poderosa costruzione pandettistica, la quale, sulle basi del diritto romano ha definito e perimetrato un 'numero chiuso' di difetti nella formazione e nella manifestazione del volere, in relazione con la patologia del negozio giuridico[10]. D'altronde, il raggruppamento dei 'vizi del volere' costituiva un presupposto indefettibile per l'operazione pandettistica di allestimento del modello operativo della patologia negoziale.

Si è rilevato che tale impostazione muove da una prospettiva alquanto divergente rispetto alle origini romane del dolo e della violenza morale, che i Romani sanzionavano in quanto atti penalmente illeciti, e non alla stregua di comportamenti idonei a viziare il processo di formazione della volontà[11]. Eppure, la sistemazione dei Pandettisti non risulta in contrasto con le

[10] V. le riflessioni di R. CARDILLI, *Phillip Lotmar e la dottrina dell'errore*, in *Tess. iur.*, 1, 2020, 135 ss.

[11] Rinvio, sul punto, alle lucide considerazioni di U. ZILLETTI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano, 1961, 23, nonché all'ampia trattazione di I. PONTORIERO, *I vizi del consenso nella tradizione romanistica*, Torino, 2020.

acquisizioni della scienza giuridica romana dell'età imperiale, periodo nel quale invece si inquadrarono l'errore, la violenza morale (lo dimostra un passo di Ulpiano conservato in D. 50.17.116) e infine anche il dolo (I. 4.13.1) come elementi distorsivi della volontà e inficianti il consenso[12]. Dunque, al riguardo la Pandettistica non ha operato una svolta radicale, rispetto agli approdi della scienza giuridica romana[13]. Senza dubbio, i Pandettisti ambivano ad una costruzione funzionale al trionfo dell'allora imperante dogma del volontarismo, e in particolare del 'volontarismo giuridico', implicante il primato della volontà nel diritto, e quindi il riconoscimento della volontà quale fondamento degli effetti giuridici dell'atto di autonomia[14]. Comunque sia, i recinti eretti sul finire dell'Ottocento si sono infranti con l'avvento della rilevanza delle fragilità umane nell'orbita giuridica: l'approfittamento di condizioni di vulnerabilità, di stato di dipendenza economica e di stato di dipendenza psicologica sta configurando in Europa (parzialmente sulla scorta di soluzioni individuate al di fuori dell'Europa[15]) una serie di 'nuovi vizi' del volere.

Nell'ambito delle numerose problematiche legate alla volontà dell'autore degli atti di autonomia, mi è parso utile approfondire il tema della volontà dei soggetti fragili, prendendo le mosse dalla

[12] I. PONTORIERO, *I vizi*, cit., 3 ss., 51 ss., invece attribuisce ai giuristi romani l'acquisizione della consapevolezza che l'errore (e soltanto l'errore, non anche la violenza morale) costituiva un elemento distorsivo della volontà.

[13] Tanto si rileva attraverso la disamina dei passi citati nel testo da U. ZILLETTI, *La dottrina*, cit., 483 ss.

[14] Lo sottolinea T. DALLA MASSARA, *Prefazione* a F. BANG, *Falsa demonstratio*, 1916, trad. it., Pisa, 2021, 8.

[15] Emblematica la trattazione di A. ALPINI, *I vizi del consenso fra contratto e trattamento dei dati: la riconoscibilità dell'errore*, in *Lacittadinanzaeuropea online*, 2, 2022, 39 ss.

categoria che, in questo ambito, per prima si è affacciata sulle soglie del diritto: la vulnerabilità.

2. *'Vulnerabilità', una nozione incerta*

Quali sono i soggetti vulnerabili? E qual è la rilevanza giuridica della vulnerabilità? Una risposta chiara e univoca ad oggi manca. In via preliminare, si pone infatti il problema di addivenire ad un preciso significato di 'vulnerabilità', concetto che presenta ancora, in qualche misura, il carattere dell'indeterminatezza, per la sua natura polisemica e astratta[16]. La ragione per cui l'elasticità dei contorni di questa fattispecie risulta difficilmente contenibile è che la vulnerabilità non è nata come una categoria giuridica, bensì nell'ambito del dibattito etico-filosofico e politico[17].

Al di fuori dell'ambito giuridico, 'vulnerabilità' è un termine che evoca una condizione di inadeguatezza dell'essere umano, una condizione legata al concetto di ferita, di lesione fisica e psicologica[18]. *Vulnerabilis* è la persona che può essere con facilità ferita, attaccata, ed è perciò potenzialmente esposta al rischio[19].

Il collegamento ormai da tempo effettuato tra i concetti di 'rischio' e di 'vulnerabilità' si ritiene attualmente essenziale: il termine vulnerabilità, di per sé, è troppo generico, ma il suo accostamento al 'rischio' consente di specificare situazioni e

[16] Ampia trattazione in *Vulnerabilità: analisi multidisciplinare di un concetto*, a cura di O. Giolo e B. Pastore, Roma, 2018.

[17] Sui cui contenuti si rinvia a M. FINEMANN, *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Farnham, 2013; *Vulnerabilità: analisi multidisciplinare*, cit.; B. PASTORE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Torino, 2021.

[18] V. sul punto B. PASTORE, *Semantica*, cit., 1 ss.

[19] V. LORUBBIO, *La tutela dei soggetti vulnerabili*, in *DPCE Online*, 42.1, 2020, 661 ss.

contesti, dando concretezza alle differenze[20]. È dagli anni Ottanta del Novecento che la sociologia ha puntato l'attenzione su questo tema, a seguito della pubblicazione, nel 1986, di 'Risikogesellshaft', opera in cui Ulrich Beck rappresentava il rischio come un carattere strutturale e globale della contemporaneità, a causa della imprevedibilità e dei pericoli conseguenti (per la salute e per l'ambiente) ad alcuni cicli produttivi[21]: un tema, questo, poi ripreso e sviluppato da Niklas Luhman, il quale però, nel differenziare il 'pericolo' (generica esposizione alle incertezze) dal 'rischio' (il possibile verificarsi di danni cagionati dai processi decisionali caratterizzanti i sistemi sociali), apre alla riflessione sul 'rischio' legato all'aumento delle differenze (di ricchezze e di *status*) tra individui, che i moderni sistemi sociali tendono ad acuire[22]. La vulnerabilità rende 'asimmetrico' il rischio prodotto dai sistemi sociali (mentre il rischio prodotto dai cicli produttivi è 'democratico', nella misura in cui investe tutti, a prescindere dalla posizione sociale), perché vi sono soggetti, o categorie, o gruppi più esposti o maggiormente incapaci di contenere i fattori di rischio o di reagire ad essi (resilienza). Il sociologo è pertanto chiamato a riflettere, in termini di politiche sociali, tanto sui fattori da cui insorge il rischio, tanto su ciò che rende individui o gruppi vulnerabili, perché più esposti al rischio[23].

In ambito filosofico, il tema della vulnerabilità è affiorato nella seconda metà del Novecento, in concomitanza con la

[20] M. LONGO, V. LORUBBIO, *Vulnerabilità, rischio e diritti umani tra riflessione sociologica e diritto internazionale*, in *Riv. trim. scienza amm.*, 3, 2021, 1 ss., in part. 21.
[21] U. BECK, *La società del rischio. Verso una nuova modernizzazione*, trad. it. di W. Provitera, Roma, 2000.
[22] N. LUHMANN, *Technology, Environment and Social Risk. A System Perspective*, in *Industrial Crisis Quaterly*, 4, 1990, 223 ss.; ID., *Inklusion und Exclusion*, in *Soziologische Aufklärung*, VI. *Die Soziologie und der Mensch*, Opladen, 1995, 237 ss.
[23] Così H. FORBES-MEWETT, K. NGUYEN-TRUNG, *Vulnerability in a Mobile World*, Bingley, 2019, 9; M. LONGO, V. LORUBBIO, *Vulnerabilità*, cit., 8.

positivizzazione dei diritti umani, dopo la caduta dei regimi totalitari, e con la diffusione della ferma convinzione di dovere porre argini ai *vulnera* idonei a compromettere la vita e la dignità degli individui[24]. Si colloca in questi scenari la comparsa dell'etica della responsabilità, posta da Hans Jonas al centro della sua opera: l'agire responsabile si innesta in una ineludibile dimensione etica, che induce a percepire la vulnerabilità insita nella natura[25]. Nel 2004, la filosofa statunitense Judith Butler guarda piuttosto alla vulnerabilità come condizione anche 'corporea' degli esseri umani, in dimensione relazionale: gli individui sono tutti ugualmente esposti alle violenze e alle ferite inflitte dall'altro[26]. Ma già nel 2002 il sociologo italiano Costanzo Ranci aveva affermato che la vulnerabilità identifica una situazione di vita caratterizzata da una fragilità sociale che espone a subire, nel caso in cui si verifichino situazioni problematiche, conseguenze particolarmente negative e dannose[27].

L'autrice che oggi si ritiene avere dato maggiore spessore e dignità teorica al concetto di vulnerabilità è la giurista statunitense Martha Fineman, che, sulle orme di Butler, asserisce la vulnerabilità dell'intero genere umano, ma isola emergenze situazionali, graduandole in tre differenti livelli ed invocando un intervento politico e giuridico statuale, di supporto[28]. Con la trattazione della

[24] A. SCHIAVELLO, *Vulnerabilità, concetto di diritto e approccio clinico-legale*, in *Etica & Politica*, 21.3, 2019, 255 ss., in part. 257 s.; B. PASTORE, *Semantica*, cit., 14.

[25] H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica* (1979), trad. it. di P.P. Portinaro, Torino, 1993.

[26] J. BUTLER, *Vite precarie. I poteri del lutto e della violenza* (2004), trad. it. di O. Guaraldo, Milano, 2013, 46 ss.

[27] C. RANCI, *Fenomenologia della vulnerabilità sociale*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, 4, 2002, 521 ss.

[28] M.A. FINEMAN, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in *Yale Journal of Law and Feminism*, 20.1, 2008, 1 ss.; EAD., *The Vulnerable Subject and the Responsive State*, in *Emory Law Journal*, 60.2, 2010, ora, con il titolo *Il soggetto*

Fineman il concetto di vulnerabilità è entrato a fare parte del patrimonio concettuale delle scienze sociali (sociologia e diritto), operando un ribaltamento delle prospettive tradizionali: la vulnerabilità dell'essere umano ha messo in luce la fallacia dell'idea del 'soggetto autonomo', collegato con il principio moderno di uguaglianza, ma ricavato dall'immagine romana del *pater familias*: mentre il 'soggetto astratto' medio è autosufficiente, capace di badare da sé ai propri interessi, e quindi richiede una struttura istituzionale 'leggera' e un ruolo minimale delle politiche pubbliche[29], l'idea di un soggetto (strutturalmente) fragile chiama lo Stato ad intervenire massicciamente, per sopperire alle vulnerabilità di individui e gruppi, portando soccorso e supporto. Nella prospettiva di Fineman, dunque, la vulnerabilità è una caratteristica umana che promuove un rapporto tra Stato e individuo, basato sulla responsabilità.

Così, seguendo una dinamica tutt'altro che nuova nei processi di formazione del diritto, la categoria della vulnerabilità, mutuata dalla sociologia e dalla filosofia, ha avuto ingresso nelle politiche pubbliche e nell'orbita della giuridicità, in veste di 'ethical foundation'. Inizialmente, l'idea portata avanti da Fineman, di un carattere universale della vulnerabilità, afferente ad ogni essere umano, ha reso il concetto di fragilità alquanto indistinto e soprattutto «inefficace dal punto di vista delle scelte politiche e delle relative opzioni normative»[30]. Mentre una volta collegato il

vulnerabile e lo Stato Responsabile, in *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, a cura di M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo e L. Re, Roma, 2018, 141 ss.

[29] In linea «con le spinte de-regolative che hanno caratterizzato la concezione del ruolo dello Stato» a partire dagli anni Ottanta del Novecento: M. LONGO, V. LORUBBIO, *Vulnerabilità*, cit., 1 ss., specialm. 3, sulle orme di M. FERRERA, *Le politiche sociali*, Bologna, 2006, 27 ss.

[30] M. LONGO, V. LORUBBIO, *Vulnerabilità*, cit., 11.

concetto di vulnerabilità con quello di 'rischio'[31] – come già accennato e come meglio vedremo a breve – la vulnerabilità ha acquisito concretezza, richiamando e reclamando l'attenzione della politica e del legislatore. E in stretta connessione con questi recenti orientamenti, svariati campi del sapere hanno rivolto la loro attenzione alle nozioni di fragilità e vulnerabilità, generando una vera e propria 'teoria della vulnerabilità'[32].

3. *Vulnerabilità e diritto*

Vediamo allora cosa si intende oggi per 'vulnerabilità dell'essere umano', nella dimensione giuridica.

Sul finire del XX secolo, le situazioni vulnerabili hanno attirato l'attenzione degli organismi internazionali, dei legislatori e dei giudici, ritenendosi la vulnerabilità meritevole di un più incisivo – rispetto al passato – riconoscimento giuridico. Si è così rapidamente diffusa la consapevolezza che la negazione di un tale riconoscimento comporterebbe una degradazione del valore della persona, umiliazione, offesa alla sua dignità ed esclusione sociale. In base a queste considerazioni, sullo scorcio del Novecento la vulnerabilità è stata perciò assunta come un dato giuridicamente

[31] Il concetto di rischio in connessione con la vulnerabilità si è sviluppato tardi nel pensiero sociologico, e cioè alla fine del XX secolo, nell'ambito del dibattito sulla 'risk society' (Risikogesellshaft, nel lessico adottato nel 1986 da Ulrich Beck), profilatasi con i mutamenti economici, sociali e demografici: per la vulnerabilità come nuovo 'rischio sociale', v. C. RANCI, *Fenomenologia della vulnerabilità sociale*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, 43.4, 2002, 521 ss.; v. anche A. BAGNASCO, P. GIOVANNINI, Discussione su '*La società del rischio. Verso una seconda modernità' di Ulrich Beck*, in *Stato e Mercato*, 3, 2001, 513 ss.

[32] Di cui una delle più note esponenti è Martha Fineman, la quale considera la vulnerabilità come una condizione ontologica dell'essere umano, per la sua corporeità: M.A. FINEMAN, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, cit., 8 ss.

rilevante «e performativo di una nuova produzione normativa, sia nazionale che (soprattutto) internazionale»[33].

Come si accennava, ad assumere un ruolo fondante della risposta istituzionale e nell'approntamento delle tutele sono soprattutto il principio di inviolabilità della dignità umana, accolto anche dalla CEDU, e, per alcuni, il principio di autodeterminazione. Il diritto assume una nozione di vulnerabilità intesa non come la generica debolezza dell'intero genere umano, bensì come la particolare suscettibilità di soggetti che, a causa della loro scarsa capacità di fronteggiare gli eventi e di reagire, risultano sovraesposti a rischi di abusi e di approfittamenti. Nel complesso, vulnerabili sono le persone cui non necessariamente fanno difetto i requisiti astratti della capacità di intendere e di volere[34] (pensiamo alle persone bisognose di amministrazione di sostegno), ma che – transitoriamente o stabilmente – versano in una particolare condizione di suscettibilità. Possiamo dunque affermare che la vulnerabilità giuridicamente rilevante nasce dalla combinazione congiunta di tre caratteristiche: l'esposizione della persona al rischio di subire un danno; la carenza, nel soggetto, di risorse per evitare il danno; la mancanza, nel soggetto, di resilienza, ovvero di risorse per reagire al danno qualora questo si concretizzi[35]. La volontà dei soggetti vulnerabili risulta spesso una volontà affievolita o distorta, perché frutto spesso di squilibri di potere, dunque di influenze e suggestioni condizionanti. Da questo punto di vista, la condizione soggettiva di 'vulnerabilità' genera un terzo polo, rispetto alla tradizionale dicotomia 'libera

[33] M. LONGO, V. LORUBBIO, *Vulnerabilità*, cit., 23.

[34] Sull'amministrazione di sostegno in connessione con il concetto di vulnerabilità: CH. CROCETTA, *Persona vulnerabile, soggetto capace. Riflessioni sull'amministrazione di sostegno nel contesto italiano ed europeo*, in *DCPE Online*, 42.1, 2020, 71 ss.

[35] Così, lucidamente, J. HERRING, *Vulnerability, Childhood and the Law*, Oxford, 2018, 9 ss.

scelta'/'coercizione'[36]. Ed è per queste ragioni che il diritto riconosce rilevanza alle fragilità quando occorra operare un riequilibrio delle posizioni soggettive, porre rimedio alle asimmetrie di potere, che esso sia di natura contrattuale, economica, informativa etc., in forza dei principi di non discriminazione e di rispetto della dignità umana. Si tratta perciò, necessariamente, di tutele dislocate su vari livelli, riconducibili a rapporti pubblici e/o privati, in massima parte ancora privi di regole omogenee.

Una volta fatto il punto sui caratteri giuridicamente rilevanti della vulnerabilità, una rapida scorsa delle discipline approntate in materia non può prescindere dalla considerazione preliminare che la regolamentazione giuridica delle fragilità o vulnerabilità, in quanto collocata nell'ampio orizzonte dei diritti della persona, si è formata, e si va ancora progressivamente definendo, nell'ambito del processo di internazionalizzazione dei sistemi di protezione e di riconoscimento dei diritti[37].

Nel campo del diritto, il primo documento in cui si è menzionata la vulnerabilità in veste di 'principio' (in connessione con i principi di autonomia, integrità e dignità) è la Dichiarazione di Barcellona del 1998 (Barcelona Declaration on Policy Proposals to the European Commission on Basic Ethical Principles in Bioethics and Biolaw, adottata nell'ambito del Progetto BIOMED II)[38]. E' stato da quel momento, sulla base della Dichiarazione di

[36] Lo mette in evidenza A. SCIURBA, *Vulnerabilità, consenso, responsabilità: alcuni casi di grave sfruttamento lavorativo e tratta delle donne migranti in Italia*, in *Cosmopolis*, 13.2, 2016, sez. 'Schiavitù contemporanee', consultabile online.

[37] In tema, v. ora P. SCARLATTI, *Il trattamento della vulnerabilità tra Corti europee e Corte costituzionale*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 5, 2024, 68 ss., in part. 71 s.

[38] Obiettivo di tale Dichiarazione era un rinnovamento delle logiche bioetiche, fondato sulla consapevolezza della fragilità dell'esistenza umana: P. KEMP, J.D. RENDTORFF, *The Barcelona Declaration. Towards an Integrated Approach to Basic Ethical Principles*, in *Synthesis Philosophica*, 46.2, 2008, 239 ss.

Barcellona del 1998, che il fatto-vulnerabilità è stato elevato a 'principio'; e nonostante le forti critiche levatesi contro questo inquadramento[39], in breve tempo il 'principio vulnerabilità' si è fortemente radicato nel campo del diritto, divenendo base delle politiche pubbliche, fino al punto da essere proposto, in dottrina, addirittura quale principio-guida nell'interpretazione delle norme di diritto internazionale dei diritti umani[40].

Alcune situazioni di vulnerabilità sono attualmente tutelate da carte internazionali e, nel contesto europeo, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE, ma non ancora dalla maggior parte dei diritti interni degli Stati membri. È per supplire a questo deficit che la CGUE si pone come supervisore dei doveri dei singoli Stati membri nel riconoscimento giuridico della vulnerabilità[41].

In definitiva, la categoria della 'vulnerabilità' ha fatto ingresso nel lessico del diritto statale, e soprattutto internazionale e sovranazionale, nella generica accezione sopra illustrata. Sullo scorcio del Novecento, organismi internazionali, legislatori e giudici hanno assunto l'impegno di proteggere e promuovere l'autonomia, la libertà, la dignità e l'autodeterminazione degli individui, rispetto alle minacce per la realizzazione personale[42].

---

39 V. soprattutto la discussione in G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, 2008; E. PARIOTTI, *Vulnerabilità ontologica e linguaggio dei diritti*, in *Ars Interpretandi*, 2, 2019, 155 ss., in part. 162; anche B. PASTORE, *Semantica*, cit., 37, sottolinea che la vulnerabilità non è un principio, bensì un fatto, una condizione che può assumere rilevanza normativa.

40 In questo senso F. IPPOLITO, *La vulnerabilità quale principio emergente nel diritto internazionale dei diritti umani?*, in *Ars Interpretandi*, 2, 2019, 63 ss.; A. PANAGGIO, *Prospettive relazionali di vulnerabilità. Lo svuotamento dei diritti umani in contesti sociali vulnerabili*, in *Heteroglossia*, 19, 2023, 19 ss.

41 A. DE GIULI, *Sul concetto di 'vulnerabilità' secondo la Corte di Giustizia UE*, in *Diritto penale e uomo*, 10, 2020, 1 ss., consultabile online.

42 E. FERRARESE, *Il geometra e i vulnerabili. Sugli usi del concetto di vulnerabilità nelle scienze sociali*, in *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, cit., 271 ss., in part. 286 ss.; B. PASTORE, *Semantica*, cit., 5.

Laurence Burgorgue-Larsen osserva che ad introdurre la nozione di vulnerabilità nella sfera giuridica sono stati i legislatori[43]. Ma questa affermazione trova un riscontro soltanto parziale.

In materia di 'vulnerabilità', infatti, la normazione più cospicua si è prodotta, almeno nella fase iniziale, sul piano della tutela internazionale dei diritti umani dei rifugiati e dei migranti. Gli interventi registratisi nell'ambito del diritto internazionale in massima parte non risultano però vincolanti per i singoli Stati, non essendo suscettibili di ratifica; e si pongono pertanto come mere regole di soft law[44]. Inoltre, le carte internazionali manifestano una notevole eterogeneità in materia, non soltanto con riguardo alla individuazione dei soggetti meritevoli di particolare protezione, ma anche per la concezione di vulnerabilità, di volta in volta attinta. In particolare, tutt'altro che pacifica è la qualifica del migrante come 'persona vulnerabile'[45]: sul piano internazionale, il migrante non è considerato come persona «inherently vulnerable» (OHCHR 2018): lo può divenire solo in particolari situazioni, che si rinvengono in tutti i rifugiati e nei migranti irregolari (sans papier) richiedenti asilo, i migranti vittime di traffico transfrontaliero di esseri umani o di sfruttamento lavorativo. Ma il concetto di migrants in vulnerable situations è in continua ridefinizione in termini di ampliamento, perché ormai posto in connessione con la nozione di 'rischio' (esposizione all'accresciuto rischio di violenze e abusi e/o al rischio di subire violazione dei diritti umani).

Si deve guardare agli anni immediatamente successivi alla su citata Dichiarazione di Barcellona del 1998 per intravedere i segnali della svolta: sulla base dei Protocolli addizionali alla convenzione

[43] L. BURGORGUE-LARSEN, *La vulnérabilité saisie par la philosophie, la sociologie et le droit. De la nécessité d'un dialogue inter-disciplinaire*, in *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, dir. da L. Burgorgue-Larsen, Paris, 2014, 237 ss.

[44] Il dato è bene messo in evidenza in *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*, ed. by S. Lagoutte, Th. Gammeltoft-Hansen and J. Cerone, Oxford, 2016.

[45] M. LONGO, V. LORUBBIO, *Vulnerabilità*, cit., 15 ss., con altra bibl.

di Palermo, (c.d. Protocollo trafficking, del 2000, e c.d. Protocollo smuggling, del 2001), volti alla repressione del fenomeno del traffico di esseri umani, la nozione di vulnerabilità ha assunto una valenza del tutto particolare nella delicata materia della libertà contrattuale: il consenso del migrante allo spostamento deve ritenersi insussistente, perché estorto e viziato, in caso di 'tratta' (trafficking in persons), perché consistente in un reclutamento, trasporto, trasferimento e accoglienza di persone tramite l'impiego o la minaccia dell'impiego della forza o di altre forme di coercizione, di rapimento, inganno, frode, abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità.

Ulteriori passi in avanti si sono fatti con l'art. 8 della Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani, approvata dalla Conferenza Generale dell'Unesco il 19 ottobre 2005, in cui si è affermato un importante principio: «Nell'applicazione e nell'avanzamento della ricerca scientifica, della pratica medica e delle tecnologie associate, si deve tenere in considerazione la vulnerabilità della persona umana. Gli individui e i gruppi in situazione di particolare vulnerabilità devono essere protetti e l'integrità personale di tali individui dovrà essere rispettata»[46]. Ancora nel 2005, il Commentario esplicativo della Convenzione del Consiglio d'Europa ha fornito una definizione – ancorché alquanto ampia – dell'abuso della condizione di vulnerabilità, come legata a fattori pure psicologici, emozionali, anche legati a dinamiche delle relazioni familiari[47].

Un importante punto di snodo è stato poi costituito dalla Direttiva 2011/36/UE (c.d. Direttiva anti-tratta), sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime: all'art. 2 par. 2 si precisa: «Per posizione

46 V. al riguardo B. PASTORE, *Semantica*, cit., 5 s. e nt. 16.

47 *Explanation Report to the Convention*, parte II, par. 83, consultabile online (www.rm.coe.int.).

di vulnerabilità si intende una situazione in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima». E definisce «irrilevante» (art. 2 par.4) il consenso in presenza di una violazione dei diritti fondamentali, quale appunto lo sfruttamento dell'essere umano. In attuazione di tale direttiva, in Italia, con il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24, nel secondo comma dell'art. 600 cod. pen., è stata inserita la menzione dell'«approfittamento di una situazione di vulnerabilità», quale elemento significativo della riduzione o del mantenimento di un essere umano in stato di soggezione[48].

Nel 2006, la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità (UNCRPD) all'art. 12, nell'ambito di uno dei tentativi più dignificativi di positivizzare la vulnerabilità[49], ha posto l'obbligo per le autorità statali di adottare tutte le misure di sostegno necessarie affinché i soggetti disabili, in tutti gli aspetti della vita, possano esercitare pienamente la loro legal capacity, ed ottenere efficaci salvaguardie al fine di prevenire abusi della volontà e ostacoli all'autodeterminazione[50]. Ma i singoli Stati hanno ottemperato soltanto in parte.

Il 31 maggio 2023 la Commissione Europa, sulla base giuridica dell'art. 81 TFUE, ha presentato due proposte volte ad armonizzare le norme di diritto internazionale privato in materia di accrescimento della tutela degli adulti fragili, che abbiano raggiunto la maggiore età, ma non siano in grado di provvedere da sole ai propri interessi. Tali soggetti in Italia ricevono un'amministrazione di sostegno (in Germania l'avvio della Betreuung, in Francia di una

[48] Ho qui riprodotto quanto già segnalato in L. SOLIDORO, *La 'nuova schiavitù' e i trafficanti di esseri umani: un'area opaca disegnata dalla storia*, in *TSDP – NS*, 2022.
[49] Lo sottolinea B. PASTORE, *Semantica*, cit., 25.
[50] Sull'art. 12, M.G. BERNARDINI, *L'ambigua capacità. Riflessioni minime sulla rinovata attualità di un dibattito e primi tentativi di chiarificazione concettuale*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 20.1, 2020, 43 ss.; M. LONGO, V. LORUBBIO, *Vulnerabilità*, cit., 14, con altra bibl.

curatelle). Numerosi ordinamenti consentono agli interessati, se dotati di capacità di intendere e di volere, di effettuare atti negoziali o di concludere contratti intesi ad organizzare in anticipo la loro futura protezione, dando a loro fiduciari mandati o idonee procure (Vorsorgevollmacht in Germania, mandat de protection future in Francia, enduring power of attorney in Irlanda).

Fondamentale e incisivo, per fissare modalità e criteri di tutela dei soggetti vulnerabili negli ordinamenti interni, è stato l'apporto delle Corti internazionali.

A partire dal 2002, la Corte interamericana dei diritti umani[51], collegando direttamente le situazioni di vulnerabilità alla dignità delle persone umane, ha precisato che ad ogni Stato spetta adottare misure positive, occupandosi dei due fondamentali profili operativi: le politiche di sviluppo della resilienza (capacità di resistenza e di recupero) dei fragili e la gestione dei rischi esterni[52]. Gli interventi in materia di vulnerabilità hanno poi assunto caratteri molto variegati, nei diversi Stati. Negli Stati Uniti, il concetto di vulnerabilità ha assunto una valenza prettamente politica, legata all'esigenza di superare l'uguaglianza formale attraverso l'attivazione di strategie inclusive, nei processi sociali, di gruppi potenzialmente discriminati[53]: l'uguaglianza formale di accesso non consente più di mantenere le differenze determinate dalla nascita, proprie delle società antiche, e impone viceversa di spostare l'attenzione sulle capacità dell'individuo, dunque su criteri meritocratici[54].

---

51 Sulle cui pronunce in tema di vulnerabilità rinvio a V. LORUBBIO, *La tutela*, cit., 662, 673 ss.

52 Esplicito, al riguardo il richiamo della Commissione europea, *The EU approach*, cit.

53 Sul punto, M. LONGO, V. LORUBBIO, *Vulnerabilità*, cit., 3 s.

54 T. PARSONS, *An Analytical Approach to the Theory of Social Stratification,* in *American Journal of Sociology*, 45.6, 1940, 841 ss.; ID., *A Revisited Analytical Approach*

Per quanto concerne l'Europa, nella direzione indicata dalle Carte internazionali, anche i giudici di Lussemburgo e di Strasburgo hanno cominciato a maneggiare la categoria della 'vulnerabilità' nella direzione indicata dalle Carte internazionali, definendo, con un approccio più concreto, i limiti e l'ambito d'uso di questo concetto[55]. Determinante, nella definizione giuridica della vulnerabilità nel contesto europeo è risultata la riflessione sociologica sul concetto di 'rischio', sviluppatasi nel corso degli Ottanta del Novecento nell'area mitteleuropea[56]. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha fatto spesso ricorso alle categorie della fragilità e vulnerabilità: come molto significative vanno ricordate le pronunce sui diritti dei consumatori di prodotti di tabacco, sul diritto al ricongiungimento familiare, sulla posizione delle vittime particolarmente vulnerabili nel processo penale[57]. Pur non definendo mai in modo univoco le nozioni di fragilità e di vulnerabilità, di volta in volta in volta i giudici di Lussemburgo hanno messo in rilievo i fattori che, sebbene non costituiscano categorie tassative, danno luogo alla vulnerabilità dell'individuo in tre ambiti: sociale, economico, ambientale.

Ed è ancora in ambito europeo che nel 2012 sono stati individuati con più precisione gli elementi che determinano la rilevanza giuridica della vulnerabilità[58], distinguendo i fattori interni (caratteristiche intrinseche al soggetto, atte a determinarne la

to the Theory of Social Stratification, in *The Frontiers of Social Science: in Honour of Radhakamal Mukerjiee*, London, 1955, 115 ss.

55 L. BURGORGUE-LARSEN, *La vulnérabilité*, cit., 237 ss.; M. VIRGILIO, *La vulnerabilità nelle fonti normative italiane e dell'Unione Europea: definizioni e contesti*, in *Vulnerabilità: analisi multidiscipinare*, cit., 161 ss.; A. DE GIULI, *Sul concetto*, cit., 5.

56 Fondamentale, al riguardo, l'opera (cui sopra si è fatto cenno) del sociologo tedesco Ulrich Beck U. BECK, *Risikogesellshaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986.

57 Dati in P. SCARLATTI, *Il trattamento*, cit., 80 s.

58 A. DE GIULI, *Sul concetto*, cit., 2 s.

fragilità, cioè la scarsa capacità di affrontare dati eventi) dai fattori esterni (contesti implicante una maggiore esposizione al rischio di soffrire un pregiudizio)[59]. La vulnerabilità, in altri termini, presenta tanto una dimensione esterna (l'esposizione al rischio), tanto una dimensione interna (inadeguata capacità di affrontare il rischio)[60]. Precisazioni, queste, senz'altro opportune, perché, se è vero che proprio la versatilità del concetto di vulnerabilità ha consentito un suo largo impiego per giuridificare fattispecie anteriormente prive di rilevanza giuridica, è pur vero che l'applicazione di detta categoria in ambito giuridico comporta la necessità di perimetrarne la semantica.

La protezione giuridica della vulnerabilità si è affermata anche grazie alla giurisprudenza della Corte EDU. Sebbene nel testo della CEDU manchi un riferimento esplicito alla vulnerabilità, i giudici di Strasburgo, a partire dagli ultimi anni del Novecento, hanno in più occasioni affrontando la materia, intervenendo in materia di garanzie processuali, di obblighi positivi degli Stati membri, innanzitutto distinguendo le categorie di individui vulnerabili sul piano sia fisico, sia psicologico (tali per qualità intrinseche, come i bambini, le donne vittime di violenze etc.) dai 'gruppi vulnerabili' per ragioni etniche e culturali (in ordine ai quali opera una presunzione generalizzata di vulnerabilità)[61].

Va infine osservato che, in Europa, l'ingresso dei concetti di fragilità e di vulnerabilità nella sfera giuridica ha prodotto un impatto di notevole rilievo nella sfera privatistica, e segnatamente nella materia contrattuale, generando l'esigenza di rafforzare in

[59] In questi termini, la Commissione europea, *The EU approach to resilience learning from food security crises*, 2012, 5, su cui A. DE GIULI, *Sul concetto*, cit., 3.

[60] D. MORONDO TARAMUNDI, *¿Un nuevo paradigma par la igualdad? La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión*, in *Cuadernos Electrónicos de Filosofia del Derecho*, 34, 2016, 205 ss., in part. 209.

[61] Dati in P. SCARLATTI, *Il trattamento*, cit., 74 ss.

concreto il principio di libertà contrattuale e di puntare l'attenzione sulla volontà del soggetto vulnerabile.

4. *I soggetti vulnerabili*

Quali sono, allora, i soggetti o i gruppi vulnerabili?

Al 2008 risale una definizione dei 'soggetti vulnerabili', contenuta nelle Regole di Brasilia riguardanti l'accesso alla giustizia per le persone vulnerabili[62]: sono vulnerabili le persone che «per motivi di età, genere, stato fisico o mentale o per circostanze sociali, economiche, etniche e/o culturali, trovano particolarmente difficile esercitare pienamente i loro diritti davanti al sistema giudiziario così come riconosciuto loro dalla legge». Possono pertanto costituire causa di vulnerabilità «l'età, la disabilità, l'appartenenza a comunità o minoranze indigene, la persecuzione, la migrazione e lo sfollamento interno, la povertà, il genere e la privazione della libertà».

La questione della soggettività vulnerabile ci indirizza verso categorie di persone assai eterogenee[63], al cui interno possiamo annoverare, a titolo meramente esemplificativo, i malati, i disabili[64], bambini e adolescenti, gli anziani, i poveri, i detenuti e gli internati,

---

62 Tali Regole sono state approvate nel XIV Judicial Summit Iberoamericano, tenutosi a Brasilia dal 4 al 6 marzo 2008, e sono consultabili online, sul sito www.osce.org/odihr/68082?download=true. I passaggi sopra riportati si trovano alla pag. 5. La definizione in oggetto viene riportata da V. LORUBBIO, *La tutela*, cit., 662.

63 Per una definizione della fragilità umana giuridicamente rilevante, v. già M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Politica del Diritto*, 1, 1999, 25 ss.; in ambito europeo, e con specifico riferimento ai giudici della corte di Strasburgo, rileva la trattazione di V. LORUBBIO, *Soggetti vulnerabili e diritti fondamentali: l'esigenza di un portale della giurisprudenza CEDU*, in *Familia. Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 2020, consultabile online.

64 M.G. BERNARDINI, *Disabilità, giustizia, diritto: itinerari tra filosofia del diritto e Disability Studies*, Torino, 2016, 134 ss.

le persone ridotte o mantenute in stato di schiavitù (c.d. nuove schiavitù), i profughi e i rifugiati, i migranti privi di mezzi di sostentamento (OHCHR 2018), le vittime di traffico transfrontaliero di esseri umani, per certi aspetti e in certe condizioni le donne (puerpere, gestanti, in periodo di allattamento)[65], le vittime di violenze e di discriminazioni di vario genere, le vittime di disastri ambientali.

Va sottolineato che gli elenchi dei soggetti vulnerabili contenuti nelle Carte internazionali presentano non poche variazioni. Inoltre, secondo interpretazioni più largheggianti, rientrano nel novero dei vulnerabili tutti coloro che, per altre ragioni che si stanno progressivamente precisando, risultano facilmente condizionabili e suggestionabili. Si pensi ai 'consumatori' che concludano contratti sui siti Internet, i quali ormai comunemente sono ritenuti vulnerabili per la loro stessa condizione (in ragione di fattori esclusivamente esterni, idonei ad indure chiunque in errore, quali la difficoltà di accesso ad alcuni siti Internet, la difficoltà di individuare con precisione il luogo di compimento degli atti richiesti per la conclusione del contratto etc.), ai risparmiatori, alle imprese di ridotte dimensioni[66]. Sotto lo stesso profilo vengono ora

[65] *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, ed. by C. Mackenzie, W. Rogers and S. Dodds, Oxford, 2014. Per l'ampliamento ad alcune condizioni femminili, si v. l'art. 17 del d.lgs. n. 142 del 18 agosto 2015 (Attuazione della Direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della Direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale), su cui ampio commento in *I soggetti vunerabili nei processi migratori. La protezione internazionale tra teoria e prassi*, a cura di I. Fanlo Cortés e D. Ferrari, Torino, 2020.

[66] Sull'incremento di forme di protezione speciale di soggetti fragili, v. soprattutto *La tutela dei soggetti 'deboli' tra diritto internazionale dell'Unione Europea e diritto interno. Seminari di alta formazione. Imperia, ottobre-novembre 2011*, a cura di A.M. Benedetti, L. Carpaneto e I. Queirolo, Roma, 2012; A. DE GIULI, *Sul concetto*, cit., 9 s.; B. PASTORE, *Semantica*, cit., 76.

valutate le attività di trattamento di dati personali che riguardano interessati vulnerabili (cioè trattamenti di dati che coinvolgono soggetti fragili, o vulnerabili): sussiste un obbligo di protezione dei loro dati (mediante valutazione d'impatto e di rischi, e attivazione di misure di sicurezza e garanzia atte a riequilibrare la posizione di svantaggio e di asimmetria informativa degli interessati vulnerabili coinvolti, nei confronti della posizione del titolare del trattamento), in considerazione del fatto che tali soggetti possono non essere in grado di esercitare efficacemente i loro diritti, e nella specie possono non essere in grado di acconsentire o di opporsi in modo deliberato e consapevole alle attività di trattamento svolte sui loro dati personali[67].

Come è evidente, quando si parla di fragilità o di vulnerabilità, con riguardo alla condizione degli esseri umani (non ci soffermiamo qui sulla figura dei 'luoghi vulnerabili'), si fa riferimento ad una categoria dai contorni molto sfocati, ad una categoria 'aperta' di cui si registra in costante allargamento[68], anziché una tendenza alla perimetrazione: si parla già, infatti, di 'nuove vulnerabilità' ai fini della tutela della dignità e della privacy delle persone (in relazione alla diffusione sul web di immagini di minori o di vittime di abusi sessuali, nonché alla diffusione di notizie relative alla vita sentimentale degli indagati e degli imputati nei processi penali). Riuscire ad individuare una categoria unitaria e circoscritta di vulnerabilità, nel contesto legale, è attualmente impossibile[69].

---

[67] E. MELIGRANA, G. SCORZA, *La privacy degli ultimi*, Soveria Mannelli (CZ), 2022.

[68] La dilatazione del concetto di approfittamento dello stato di vulnerabilità viene teorizzata dal filosofo francese Alain Supiot A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, Paris, 2015, 385 ss.

[69] Tanto viene rilevato da H. BIGGS, C. JONES, *Legally Vulnerable: What is Vulnerability and Who is Vulnerable?*, in *Law and Global Health: Current Legal Issues*, XVI, ed. by M. Freeman, S. Hawkes and B. Bennet, Oxford, 2014, 133 ss.

Con riferimento alla 'inafferrabilità' della qualificazione del 'soggetto vulnerabile', è stato rilevato che i concetti di fragilità e vulnerabilità si precisano guardando alla specificità della persona, dei suoi interessi, delle sue esigenze, del contesto in cui vive: un approccio, questo, che si rivela poco compatibile con il dogma del 'soggetto unico di diritto' –il 'soggetto astratto e indifferenziato'–, determinando viceversa una «esplosione del molteplice»[70].

L'ingresso nell'orbita giuridica del 'soggetto frammentato' è gravido di conseguenze. La teoria della vulnerabilità afferma una visuale pluralista, contro quella assimilazionista del 'soggetto unico di diritto'. Infatti la vulnerabilità si percepisce e prende corpo nel momento in cui si guarda alla specificità dell'essere umano, in una valutazione concomitante del 'soggetto astratto' (espresso nella categoria giuridica) con la persona concreta[71]. Così, «la debolezza intrinseca del soggetto vulnerabile si sostituisce ad una concezione idealizzata del soggetto di diritto paradigmatico»[72]. Almeno allo stato attuale della normazione internazionale e dei diritti interni, la vulnerabilità implica di ragionare non su categorie, ma su stati di fatto, situazioni e contesti[73]; la tutela delle vulnerabilità esige pertanto una disciplina giuridica che non neghi le differenze, ma che, al contrario, le esalti: il soggetto fluido[74], proprio del riferimento alla vulnerabilità, allontana da categorie specifiche e

[70] L'espressione è di B. PASTORE, *Soggettività giuridica e vulnerabilità*, in *Vulnerabilità: analisi multidisciplinare*, cit., 127 ss.

[71] Così P. STANZIONE, *Tecnica, protezione dei dati e nuove vulnerabilità. Relazione del Presidente 2020*, Roma, 2 luglio 2021, 3 ss., specialm. 43 ss., consultabile online su www.gpdp.it.

[72] M. LONGO, V. LORUBBIO, *Vulnerabilità*, cit., 10 s., sulle orme di E. SANTORO, *Vulnerabilità tra politica e testi normativi: un linguaggio nuovo per dire cose vecchie o un nuovo strumento teorico*, in *La vulnerabilità come metodo*, a cura di A. Furia e S. Zullo, Roma, 2020, 141.

[73] Così M. LONGO, V. LORUBBIO, *Vulnerabilità*, cit., 23.

[74] Su cui v. P. ZATTI, *Maschere del diritto e volti della vita*, Milano, 2009, 113 ss.

vincola viceversa i diritti a situazioni relazionali e di contesto. In questa visuale, si rifiuta l'idea di un 'soggetto vulnerabile' stereotipato e qualificato mediante la differenziazione rispetto al soggetto paradigmatico, cioè al soggetto giuridico standard (sulla base della dicotomia forza/debolezza, autonomia/dipendenza), per ricercare piuttosto la vulnerabilità, la sovraesposizione ai rischi, della persona concreta[75].

È chiaro, però, che questa istanza, diffusa nell'ambito delle scienze sociologiche, rende arduo il lavoro del giurista e incerte e fluttuanti le sue interpretazioni del dato sottopostogli. C'è allora da chiedersi se il fatto di trovarsi di fronte a un concetto generico, compatibile con una serie di diverse situazioni anche combinabili tra di loro, giustifichi un approccio scettico circa la possibilità di realizzare una protezione equa ed efficace delle vulnerabilità. In ogni caso, si concorda sull'urgenza di un intervento di ampio raggio da parte delle Istituzioni, cui pertiene il compito di individuare le sovraesposizioni al rischio più significative e di sostenere politiche sociali adeguate a contrastate tali situazioni, attivando strategie di rafforzamento delle resilienze necessarie per contenere, mitigare, rimediare alle cause e alle conseguenze delle vulnerabilità[76]; sebbene i compito del legislatore sia intralciato dalla difficoltà di inquadrare il perimetro della vulnerabilità.

In aggiunta a quanto poco sopra esposto, infatti, occorre precisare che il concetto di vulnerabilità non sempre coincide con uno *status* personale[77]. Massimo Luciani[78] ha sottolineato che la vulnerabilità è una *qualitas* talora permanente (pensiamo alle vittime

[75] In questo senso M. LONGO, V. LORUBBIO, *Vulnerabilità*, cit., 12.
[76] Spunti in B. PASTORE, *Semantica*, cit., 2 ss.
[77] V. LORUBBIO, *La tutela*, cit., 662.
[78] M. LUCIANI, *Le persone vulnerabili e la Costituzione. Intervento di discussione della Lectio magistralis del Presidente della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Prof. Robert Spano, Diritti umani e persone vulnerabili*, Roma, 22 aprile 2022, 3 ss., consultabile online su www.cortecostituzionale.it.

di pregiudizi razziali, ai malati cronici), ma più spesso contingente: un bambino che poi diverrà adulto, un malato che guarirà, un imputato che verrà assolto. Dalla vulnerabilità dunque si può entrare ed uscire, anche a tempi alterni; vi sono poi vulnerabilità non permanenti, che però si possono rimuovere solo con grande difficoltà, come per i casi di estrema povertà[79]; e infine, si è già sottolineato, esistono vulnerabilità permanenti.

Ma, al di là dell'oggettiva difficoltà di cristallizzare in una definizione il concetto giuridico di vulnerabilità, c'è forse dell'altro. E in particolare c'è da chiedersi se, alla base di questa 'definizione aperta', vi sia il preciso intento di non porre limiti al potere interpretativo giudiziale[80]. In dottrina, come già segnalato, si è avanzata l'ipotesi che l'accettazione di una 'definizione aperta' dipenda dalla scelta di considerare il caso nella sua 'singolarità'[81] e, dunque, di mettere in primo piano la valutazione del caso concreto nel processo decisionale, conferendo al giudice un ampio margine di discrezionalità in relazione al riconoscimento concreto della vulnerabilità: in tale prospettiva, la nozione (mobile) di vulnerabilità costituisce al tempo stesso lo strumento per identificare la violazione e il parametro per la valutazione del caso[82]. La Corte di Giustizia UE, in particolare, pare avere optato per una concezione 'situazionale' di vulnerabilità[83], riempiendo di contenuti diversi il concetto di 'vulnerabilità', in ragione della natura eterogenea delle cause: i giudici di Lussemburgo godono «di un

[79] P. STANZIONE, *Tecnica, protezione dei dati e nuove vulnerabilità*, *Relazione del Presidente 2020*, Roma, 2 luglio 2021, 3 ss., consultabile online su www.gpdp.it; G. CERRINI FERONI, *Ecco come la privacy aiuta gli ultimi e i fragili*, intervento Key4biz, 22 febbraio 2023, consultabile online.

[80] Si pone il quesito A. DE GIULI, *Sul concetto*, cit., 6.

[81] P. SCARLATTI, *Il trattamento*, cit., 73; più in generale, T. GAZZOLO, *Il caso giuridico. Una ricostruzione giusfilosofica*, Torino, 2018, 29 s., 182.

[82] B. PASTORE, *Semantica*, cit., 91.

[83] A. DE GIULI, *Sul concetto*, cit., 6, 16 s.

differente margine di discrezionalità nell'apprezzare gli elementi che determinano la situazione di vulnerabilità. Tale situazione trova una stretta relazione con le direttive e l'attività svolta dalla Commissione e dal Consiglio Europeo»[84], nel cui stile non rientra la costruzione di categorie tassative. Non diversamente si può valutare l'operato della Corte EDU. Sebbene nella CEDU manchi espressa menzione della vulnerabilità, i giudici di Strasburgo hanno con frequenza fatto ricorso ad una nozione multiforme di vulnerabilità[85].

5. *Gli stati di dipendenza: profili giuridici*

Accanto alla 'vulnerabilità' così come elasticamente intesa nelle Carte internazionali e nelle pronunce delle Corti internazionali, vanno acquisendo rilevanza giuridica altre forme di 'fragilità' umana, tra cui sono da annoverare gli 'stati di dipendenza'.

A tale riguardo, mentre il legislatore italiano ha scelto di intervenire per apprestare tutela a figure particolari di contraenti e in fattispecie bene individuate (consumatori, turisti, clienti, investitori, imprese deboli etc.), altri sistemi hanno scelto di riconoscere un generale rilievo giuridico allo stato di dipendenza[86].

Con la riforma del Code Civil del 2016, il legislatore francese, oltre a positivizzare finalmente la figura dottrinale e giurisprudenziale del dolo negativo, ha ampliato la nozione di violenza morale sino a ricomprendervi l'abuso dello 'stato di

84 A. DE GIULI, *Sul concetto*, cit., 16.

85 Ampia trattazione in P. SCARLATTI, *Il trattamento*, cit., 69 ss.

86 *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, a cura di G. Vettori, Milano, 2013; A. GORGONI, *I vizi del consenso nella riforma del Code civil: alcuni profili a confronto con la disciplina italiana*, in *Persona e Mercato*, 1, 2018, 88 ss., in part.110.

dipendenza' (art. 1143)[87], con una formula che peraltro ricorda la definizione del reato italiano di plagio (illecito depenalizzato nel 1981). In Francia, Spagna e Belgio è peraltro contemplato l'illecito penale della 'manipolazione mentale', inteso a punire con la reclusione e con forti ammende pecuniarie chi cagioni uno stato di soggezione mediante l'esercizio di ripetute pressioni o tecniche volte ad alterare la capacità di giudizio.

Dunque in Francia, con la riforma della disciplina dei vizi del consenso, realizzata dall'ordonnance del 10 febbraio 2016[88], sono state introdotte due nuove figure di diritto positivo che incidono profondamente sulle regole del diritto contrattuale: l'errore per dolo negativo (rilevante soprattutto nella fase delle trattative e della conclusione del contratto)[89] e lo 'stato di dipendenza' (état de dépendance, art. 1143 Code Civil), quali vizi della volontà destinati a incidere sulla validità del contratto o dell'atto (la nullité *ex* art. 1131 Code Civil), purché il vizio risulti determinante nella conclusione del contratto, o nel compimento dell'atto. Per 'stato di dipendenza' si intende l'eccessiva fiducia o la situazione di

[87] In Francia i vizi del consenso continuano a dare luogo a nullità relativa: in linea di massima, a fronte dei vizi il diritto francese tende a invalidare il contratto, mentre il diritto italiano è tradizionalmente più incline a conservarlo.

[88] Emanata in applicazione dell'art. 8 della loi n. 2015-177 del 16 febbraio 2015. La riforma, mirata alla semplificazione e all'accessibilità da parte degli utenti, si è profondamente ispirata ai progetti europei e internazionali di armonizzazione del diritto dei contratti, nonché ai consolidati orientamenti della Cour de Cassation, ed è stata realizzata dopo consultazioni con operatori economici e giuridici: tra la vasta lett., v. in part. A. GORGONI, I *vizi*, cit., 89 e nt. 1.

[89] Per questa ragione, e per l'assenza di collegamento di questa figura con lo stato di fragilità, non ci soffermiamo in modo specifico sulle conseguenze della codificazione del dolo omissivo (art. 1137 Code Civil), figura peraltro da tempo identificata dalla dottrina italiana, e più precisamente già a fare data dagli studi del giusprivatista napoletano Nicola Coviello sui 'fatti commissivi mediante omissione' (N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*[4], Milano, 1929, 329).

debolezza (talora generate da legami patologici) e di soggezione del soggetto, idonee a dare luogo ad abusi e subdoli approfittamenti da parte di persone intenzionate ad avvantaggiarsi dell'altrui debolezza, o fragilità (faiblesse de l'autre: art. 1143 Code Civil). Tale abuso viene inquadrato dal legislatore francese nell'ambito della 'violenza': «Si ha ugualmente violenza quando una parte, abusando dello stato di dipendenza in cui si trova il proprio contraente, ottiene da quest'ultimo un impegno che non avrebbe assunto in assenza di una tale costrizione (contrainte) procurandosi un vantaggio manifestamente eccessivo».

Dunque, con la riforma è stata riconfigurata la violenza, se ne è ampliato il tradizionale ambito applicativo, «introducendo la fattispecie elastica dello stato di dipendenza»[90], al fine di sanzionare la parte contrattuale che abusi della 'debolezza' dell'altra. Il legislatore francese non specifica la causa dello stato di dipendenza, che potrà essere individuato nella salute cagionevole, nell'insufficienza di cultura, nell'inesperienza, nell'idealizzazione di una persona, nell'eccesso di fiducia. Questo sfocamento dei contorni della fattispecie in Francia ha dato adito a non poche critiche. Si teme l'interventismo giudiziale e un impiego troppo vasto della nuova figura[91], perché indubbiamente un'invalidità dai contorni troppo ampi e sfumati impatta con il valore della certezza dei rapporti giuridici[92]: si è favorita eccessivamente «l'invalidità del contratto, legandola a fattispecie non predeterminabili che alimenteranno il contenzioso»[93]. La dottrina italiana per contro ha rilevato come in tal modo la riforma francese abbia compiuto un passo in avanti significativo, marcando «una netta distinzione con

90 A. GORGONI, *I vizi*, cit., 98.
91 N. DISSAUX, C. JASMIN, *Project de Réforme des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, 2015, in part. 46 s.
92 In generale, sottolinea tali rischi già V. PIETROBON, *Errore*, cit.
93 A. GORGONI, *I vizi*, cit., 109.

il sistema italiano dei vizi del consenso, caratterizzato da una struttura più rigida delle relative fattispecie»[94].

In Francia, l'ampliamento della fattispecie di violenza all'approfittamento dell'altrui stato di dipendenza è avvenuto attraverso la positivizzazione del filone evolutivo del diritto europeo, nonché di un consolidato indirizzo della Cour de Cassation[95]. Il dato è particolarmente significativo. L'"età dei diritti' ha segnato il passaggio ad una nuova concezione del 'rule of law' – influenzata dalla cultura giuridica inglese di common law – da intendersi adesso come 'modo di organizzare il potere' limitando il potere normativo degli organi politici e trasferendo agli organi giudiziari il potere «di incorporare nel diritto alcuni valori fondamentali e tendenzialmente condivisi»[96]. Di qui una importante conseguenza: al diritto torna ad essere connaturata l'aspirazione alla correttezza morale, ad essere assente ogni soluzione di continuità tra ragioni morali e ragioni giuridiche[97]. La preponderanza assunta dal formante giurisprudenziale dà anche ragione del fatto che il diritto contemporaneo, almeno in certi settori, ci appare «caratterizzato da un elevato grado di indeterminatezza linguistica e dalla presenza massiccia e strategica di principi giuridici che altro non sono che concretizzazioni normative di valori morali»[98]. Il tema della giustizia sociale, in cui si

94 A. GORGONI, *I vizi*, cit., 107.

95 Nel Rapport au Président de la République relativo all'ordonnance n. 2016/131 del 10.2. 2016, vi è una parte dedicata alla genesi della riforma, in cui appunto si precisano anche i criteri di adeguamento alle nuove istanze di codificazione di un diritto più giusto, attento alle esigenze «de la partie la plus faible»: semplificazione, efficacia, accessibilità, comprensibilità da parte del comune cittadino.

96 A. SCHIAVELLO, *Vulnerabilità*, cit., 256.

97 Fondamentale, sull'argomento della 'pretesa di correttezza', R. ALEXY, *On Necessary Relations between Law and Morality*, in *Ratio Iuris*, 2, 1989, 167 SS.

98 A. SCHIAVELLO, *Vulnerabilità*, cit., 267.

innerva la tutela della vulnerabilità, è particolarmente legato a questo fenomeno. Per lo storico del diritto, come si preciserà più avanti, una siffatta dinamica di formazione del diritto è tutt'altro che inconsueta.

6. *La tutela italiana del contrente 'fragile'*

Veniamo ora alle strategie mediante le quali, in Italia, si può attualmente conseguire una tutela giuridica del contraente fragile.

L'ordinamento italiano riconosce rilevanza a svariate condizioni di debolezza del contraente, tali da precludere o limitare considerevolmente la libertà contrattuale. Alcune di esse, sebbene non previste nella parte generale del contratto, acquistano rilevanza grazie alla clausola generale di buona fede nelle trattative di cui all'art. 1337 cod. civ. (clausola che consente all'interprete di andare oltre le fattispecie espressamente disciplinate: dolo, rescissione, usura, incapacità naturale, abuso di dipendenza economica, circonvenzione d'incapace[99]). Tuttavia, la vulnerabilità e lo stato di dipendenza restano figure di difficile inquadramento, ai fini del riconoscimento di rilevanza giuridica, al di fuori delle fattispecie tipizzate: il giudice – è stato osservato[100] – può rigettare la domanda dell'attore per l'irrilevanza della specifica condizione di debolezza fatta valere. Da più parti si auspica perciò che il legislatore italiano intervenga sulla parte generale del contratto, e in particolare sui vizi del consenso, la cui disciplina risulta oggi secondo l'opinione dominante troppo rigida e comunque inidonea alla sentita esigenza di rafforzare la protezione della libertà di contrarre[101]. Uno dei

[99] Così A. GORGONI, *I vizi*, cit., 114.

[100] Da A. GORGONI, *I vizi*, cit., 114.

[101] Evidenziano i punti deboli dell'attuale disciplina codicistica R. SACCO, *Il contratto*, Milano, 2016, 608 s.; G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2008, 104 ss., specialm. 105.

modelli più apprezzati resta l'art. 138 BGB, comma 2, dove, nell'isolare quattro fattispecie riconducibili al 'vizio' (stato di costrizione, inesperienza, mancato discernimento, rilevante debolezza della volontà), ha previsto concetti elastici, figure ampie e non ben circoscritte[102]: minando, così, da un lato la forza di legge del contratto e la certezza dei rapporti giuridici, dall'altro lato però offrendo strumenti congrui per sanzionare gli abusi della debolezza e dell'inferiorità altrui: il sacrificio della sicurezza dei traffici trova una giustificazione ragionevole nella misura in cui sanziona operazioni economiche ingiuste[103].

Nel frattempo, un ruolo fondamentale nella tutela delle fragilità è stato rivestito dal costituzionalismo democratico e sociale. In Italia, l'interpretazione delle norme codicistiche costituzionalmente orientata ha offerto le prime soluzioni. La tutela delle fragilità in Italia, prima di ogni esplicitazione, ha trovato una valida sponda nella lettura in combinato disposto degli artt. 2 e 3 Cost., nella misura in cui si è fatto leva sulla pari dignità sociale e sull'uguaglianza, sull'obbligo di rimuovere le disparità e gli ostacoli che impediscono ai singoli di realizzarsi[104].

Più specificamente, dal dettato costituzionale si possono ricavare numerose condizioni di bisogno o svantaggio, oggi identificabili con la vulnerabilità[105]: i malati (art. 32), i disoccupati (artt. 4 e 38), gli stranieri (art. 10), i detenuti (artt. 13 e 27), gli studenti bisognosi (art. 34), le donne (artt. 3, 37, 48, 51), i bambini (art. 31), i vecchi (art. 38). Si tratta, come è evidente, di soggetti bisognosi di statuti giuridici differenziati. Inoltre, la parte circonvenuta o in stato di dipendenza può 'eliminare' il contratto

102 A. GORGONI, *I vizi*, cit., 114.

103 Così R. SACCO, *Il contratto*, cit., 612.

104 V. soprattutto A. PIZZORUSSO, *Cos'è l'uguaglianza*, Roma, 1983; B. PASTORE, *Semantica*, cit., 72 s.

105 Sebbene la vulnerabilità esprima «un concetto decisamente più scivoloso»: P. SCARLATTI, *Il trattamento*, cit., 71.

ricorrendo all'annullabilità (combinato disposto degli artt. 1337 e 2058 cod. civ.)[106], mentre, secondo un altro orientamento, in ragione della lesione del diritto fondamentale e inviolabile di autodeterminarsi sul piano dispositivo (art. 2 Cost.), la parte vulnerabile o in stato di dipendenza può invocare la nullità del contratto, nel tipo della nullità di protezione[107].

Tale seconda tesi fa leva, con evidenza, su una generalizzazione dell'autodeterminazione come diritto fondamentale e autonomo, rispetto al diritto alla salute[108], estendendone la rilevanza giuridica in tutte le materie in cui il momento dell'autodeterminazione si manifesta. Un importante riscontro di questa impostazione si trova nel filone giurisprudenziale che «ha argomentato la nullità della singola clausola dalla violazione diretta di principi e diritti costituzionali […], che rappresentano il metro di valutazione della meritevolezza e liceità degli interessi espressi nel contratto»[109]. Dunque, il concetto di 'meritevolezza', staccatosi negli ultimi anni del Novecento dalla liceità del contratto[110], è stato con frequenza sempre maggiore invocato dalla giurisprudenza a fini di controllo dell'autonomia negoziale: l'immeritevolezza esprime la contrarietà dell'accordo non soltanto alle norme positive, ma «al risultato [che esso] intende perseguire [rispetto ai] principi di *solidarietà*, *parità* e

106 In tal senso R. SACCO, *Il contratto*, cit., 617 s., la cui opinione è riportata da A. GORGONI, *I vizi*, cit., 112 s.

107 È questa l'opinione di S. RODOTÀ, *Consenso informato e principio di autodeterminazione*, in *Stefano Rodotà. Critica del diritto privato*, Editoriale e saggi raccolti da G. Alpa e M.R. Marella, Napoli, 2017, 24; sostiene la nullità del contratto per violazione dei principi costituzionali anche P. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, 25 ss.

108 Lo sottolinea in questi termini A. GORGONI, *I vizi*, cit., 113, nt. 136.

109 A. GORGONI, *I vizi*, cit., 113, con riferimento a Corte cost., 2 aprile 2014, n. 77, in *Contratti*, 10, 2014, 853 ss.

110 A. GORGONI, *I vizi*, cit., 113 e nt. 138, individua il momento del distacco in Cass., 20 settembre 1995, n. 9975, in *Vita Not.*, 1996, 933 ss.

non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati»[111]. Appare chiaro come «quest'applicazione della meritevolezza faccia virare l'ordinamento verso l'atipicità delle patologie del consenso»[112].

Ma la tesi della nullità ha incontrato non pochi dissensi. Parte della dottrina rileva da un lato che la nullità del contratto è comminata dal cod. civ. soltanto in ipotesi di illiceità della causa o dell'oggetto, dall'altro lato che «l'illecita induzione a contrarre [come pure il raggiro, la minaccia, l'approfittamento dello stato di pericolo e di bisogno] dà luogo a rimedi suoi propri: la norma violata è posta a protezione della vittima, [pertanto] deve essere affidato alla vittima il potere di determinare se il contratto sarà efficace o meno»[113], chiedendo l'eliminazione degli effetti (*ex* art. 428 cod. civ. o *ex* art. 2058 cod. civ.)[114]. In tale ultima prospettiva, la scelta tra il rimedio risarcitorio (manutentivo del contratto) e quello invalidante (demolitorio) spetterebbe alla vittima dell'altrui scorrettezza: l'indicazione di un solo rimedio rischierebbe di non garantire un'adeguata protezione e di non corrispondere al concreto interesse della parte protetta: il risarcimento potrebbe risultare insufficiente, così come l'azione di annullamento potrebbe risultare ultronea, qualora il soggetto fragile conservasse l'interesse ad avvalersi degli effetti del contratto e il contratto necessitasse perciò di essere soltanto revisionato[115] (la correzione del contrato è prevista all'art. 1432 cod. civ. e opera anche in materia di rescissione: art. 1450 cod. civ.).

111 Cass., 19 gennaio 2018, n. 1465, in *Leggi d'Italia on line*, su cui *amplius* A. GORGONI, *I vizi*, cit., 113 e nt. 139.

112 A. GORGONI, *I vizi*, cit., 113, sulle orme di U. GRASSI, *Una disciplina per la causa del contratto. Riflessioni in memoria di una nozione al tramonto*, in *Rass. dir. civ.* dir. da P. Perlingieri, 3, 2017, 838 ss., specialm. 868.

113 R. SACCO, *Il contratto*, cit., 617 s.

114 Tanto precisa A. GORGONI, *I vizi*, cit., 112.

115 Lo sottolinea R. SACCO, *Il contratto*, cit., 612.

La soluzione eclettica prevede dunque che i due rimedi possano operare alternativamente, a scelta della vittima di scorrettezze. Il 'giusto rimedio' «è davvero tale soltanto ove lo si moduli sull'interesse concreto fatto valere in giudizio»[116]. Risulta allora evidente che tale flessibilità ed effettività del momento rimediale[117], che si intende modulare sull'interesse concreto fatto valere in giudizio e sulla verifica degli interessi effettivamente coinvolti[118], risulta incompatibile con l'impostazione tradizionale, di matrice romanistica, secondo cui ad ogni situazione illegittima corrisponde un solo e specifico rimedio (principio della tipicità del rimedio), che in età moderna si indica in quello previsto dalla legge.

Resta da chiedersi quale tipo di invalidità operi nell'ipotesi in cui la parte circonvenuta o in stato di dipendenza opti per l'eliminazione del contratto. Al riguardo, si può ritenere che operi l'annullabilità (combinato disposto degli artt. 1337 e 2058 cod. civ.)[119]; oppure la nullità[120], nel tipo della nullità di protezione per violazione del diritto di autodeterminazione sul piano dispositivo (art. 2 Cost.).

In Italia, la civilistica si chiede anche in quale misura possano invece trovare protezione alcune specifiche forme di fragilità, quali lo stato di dipendenza, alla luce della disciplina codicistica, in assenza di una disposizione assimilabile a quella contenuta nell'art. 1143 Code Civil. Lo stato di bisogno previsto dall'art. 1448 cod. civ. (azione generale di rescissione per lesione), nel fare riferimento ad un bisogno qualificato da dati oggettivi[121], non coincide con lo 'stato di dipendenza', che è un concetto ben più ampio. Neppure

116 A. GORGONI, *I vizi*, cit., 111, sulle orme di P. PERLINGIERI, *Il 'giusto rimedio' nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 1, 2011, 1 ss. (estr.), in part. 4 s.
117 P. PERLINGIERI, *Il 'giusto rimedio'*, cit., 4 s.
118 P. PERLINGIERI, *Il 'giusto rimedio'*, cit., 4.
119 E questa la strada indicata da R. SACCO, *Il contratto*, cit., 617 s.
120 In questo senso S. RODOTÀ, *Consenso informato*, cit., 24.
121 V. ROPPO, *Il contratto del Duemila*, Torino, 2011, 835.

l'incapacità naturale (art. 428 cod. civ.) può essere assimilata allo 'stato di dipendenza': l'incapacità naturale implica infatti una diminuzione e menomazione delle facoltà intellettive, che invece non sono richieste ai fini dello 'stato di dipendenza', caratterizzato non tanto dalla mancanza di consapevolezza del contenuto dell'atto che si compie, quanto piuttosto dall'incapacità di opporre un rifiuto serio e motivato[122]. Infine, anche la circonvenzione di incapace (art. 643 cod. pen.) non coincide con lo 'stato di dipendenza': la circonvenzione presuppone infatti una menomazione del potere di valutazione critica del succube e un abuso della deficienza psichica del soggetto (non necessariamente riconducibile ad una incapacità naturale), al fine di indurlo a concludere un atto dannoso. Dunque il soggetto, pure se capace di intendere e di volere, a causa di patologie psichiche è talmente suggestionabile da non riuscire a resistere all'altrui attività di induzione. Viceversa, lo stato di dipendenza non è necessariamente legato a patologie psichiche, ma si riferisce a connotazioni specifiche della persona (inesperienza, fiducia incondizionata etc.), che inducono il soggetto fragile a contrarre, credendo erroneamente di avere operato in modo opportuno ed adeguato[123].

7. *I 'nuovi vizi'*

Se allarghiamo lo sguardo al di fuori dell'Europa, possiamo notare che le basi per una tutela giuridica più specifica delle fragilità che producono un affievolimento giuridicamente rilevante della volontà negoziale sono da ravvisarsi nella configurazione, risalente al 1981[124], della 'violenza economica' (economic duress, figura che

122 Così A. GORGONI, *I vizi*, cit., 109.

123 Così A. GORGONI, *I vizi*, cit., 109.

124 Data di pubblicazione del *Restatement, Second, Contracts*, consolidazione però priva di valore di legge, perché proveniente dall'American Law Institute, non dal

non ha corrispondenza nel sistema giuridico italiano) nell'ambito dei rapporti tra imprese. I sistemi anglosassoni invalidano il contratto quando il consenso sia stato ottenuto a seguito di minaccia agli interessi economici della controparte: è questo il risultato di una estensione del rimedio della 'doctrine of duress', originariamente applicato alle sole minacce di danni fisici[125]. Le relative valutazioni, originariamente vertenti, da parte delle corti, sul parametro della free will, sembrano ora in prevalenza attestate sull'accertamento di un parametro più oggettivo, quello della sussistenza o meno di una 'reasonable alternative' disponibile alla vittima, rispetto al cedere alla minaccia[126]. È un criterio che si vede di recente comparire anche nelle carte internazionali[127], a proposito delle valutazioni relative all'approfittamento di condizioni di vulnerabilità o di stati di dipendenza non economici.

Tali sviluppi del sistema statunitense hanno tracciato una strada che trova un riscontro soltanto parziale nella figura dell'"abuso della posizione dominante', nata nel contesto del diritto europeo (art. 102 TFUE, Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea), e nell' 'abuso della dipendenza economica' (fattispecie configurata in Italia con la legge 18 giugno 1998, n. 192, art. 9). Si tratta di figure e discipline orbitanti intorno al principio generale di divieto di abuso del diritto[128] e catalogate in dottrina come 'nuove previsioni

legislatore: F. CASTRONOVO, *Autonomia contrattuale e disponibilità dell'integrazione: la merger clause dal diritto americano a quello italiano*, Torino, 2017, 19 ss.

125 Ampia trattazione in F. CASTRONOVO, *Violenza economica e annullamento del contratto. Esperienze straniere e diritto italiano*, Milano, 2021, 12 ss.

126 F. CASTRONOVO, *Violenza economica*, cit., 43 ss.

127 Mi riferisco in particolare alla c.d. Direttiva anti-tratta del 2011, sopra menzionata.

128 F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 663 ss.

sull'equilibrio del contratto'[129], oppure come 'nuovi vizi del consenso'[130].

In definitiva, per quanto concerne la tutela delle fragilità in un approccio globale, abbiamo constatato che l'intreccio della sociologia e della filosofia con il diritto hanno rivestito un ruolo determinante nella definizione dei soggetti cui apprestare tutela. Al giurista, in particolare, in questo ambito, spetta un compito difficile, dal momento che l'individuazione delle categorie vulnerabili cui apprestare tutela, nonché delle misure idonee a salvaguardare i soggetti fragili, implica impegnative ricerche all'interno di un composito insieme di disposizioni di matrice interna, internazionale e sovranazionale, cui peraltro fanno capo molteplici – e tra loro disomogenei – sistemi di protezione[131]. Le difficoltà degli interpreti, all'interno di questo quadro multiforme, si prevedono in aumento, per la odierna tendenza verso una 'tutela integrata' dei soggetti fragili, in vista della costruzione di un nuovo *ius commune* dei diritti della persona[132]. L'*excursus* sopra effettuato sulle tappe fondamentali del riconoscimento giuridico delle fragilità umane ha dimostrato che gli orientamenti di dottrina e giurisprudenza in materia di protezione delle fragilità in qualche caso sono stati anticipati e suggeriti dal diritto positivo, in altri casi

129 Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 42.

130 Efficace *excursus* in A. GENTILI, V. CINTIO, *I nuovi 'vizi del consenso'*, in *Contratto e Impresa*, 1, 2018, 148 ss.; S. MEUCCI, *'Nuovi' vizi del consenso e disciplina della concorrenza*, in *Persona e Mercato*, 2, 2019, consultabile online; A. GIANOLA, *L'integrità*, cit.

131 Sottolinea i problemi di raccordo B. PASTORE, *Semantica*, cit., 77, sulle orme di A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del 'sistema dei sistemi' come problema*, in *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea. Profili e limiti di un vincolo*, a cura di A. Bernardi, Napoli, 2015, 154 ss.; M. BOSSUYT, *Categorial Rights and Vulnerable Groups: Moving Away from the Universal Human Being*, in *The George Washington International Law Review*, 48, 2016, 717 ss.

132 F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, 39.2, 2019, 481 ss., specialm. 489 ss.

da questo recepiti da altri formanti dell'ordinamento giuridico (a lor volta ispirati da altre scienze, *in primis* sociologia e filosofia), dando luogo complessivamente o a un ampliamento del tradizionale ambito applicativo dei vizi già codificati (così come si è verificato in Francia con la riforma del 2016), oppure introducendo i c.d. 'nuovi vizi' della volontà.

8. *Sull'importanza della prospettiva storica*

Si è sopra accennato alle varie tappe della giuridificazione della categoria 'vulnerabilità' tra XX e XXI secolo. Ma la tutela dei soggetti fragili non si può considerare una novità assoluta del post-moderno: le forme di protezione per le persone deboli, vulnerabili, ci riportano molto indietro nel tempo.

Vi è più di una ragione per cui si può rivelare utile rivolgere lo sguardo anche al passato e verificare quali fossero le valutazioni sociali e giuridiche in ordine alle sorti delle volontà fragili e vulnerabili, sebbene a queste ultime non corrispondessero ancora specifiche categorie giuridiche. La prima è che il diritto antico e medioevale costituisce un utile strumento di lettura delle vicende odierne nella misura in cui ci insegna, con riguardo anche al tema oggi allo studio, attraverso quali dinamiche le formazioni e le trasformazioni del diritto hanno preso corpo. Con specifico riferimento al condizionamento della volontà, in qualche caso la scienza giuridica romana, a partire dal I sec. a.C., ha tentato di giuridificare le nuove fattispecie ampliando i contorni delle categorie o delle figure giuridiche già esistenti, attraverso interpretazioni estensive o analogiche dei *verba legis* o di clausole edittali (come nel caso del progressivo ampliamento del concetto romano di dolo); in via eccezionale *prudentes*, magistrati e giudici romani hanno fatto addirittura ricorso alla tecnica finzionistica, per forzare il recinto delle regole tradizionali (così si può interpretare il

richiamo al *color insaniae* del *de cuius*, che nel campo delle successioni ha aperto la strada alla successione necessaria[133]).

La prima strategia – quella della interpretazione estensiva – è molto vicina alla tecnica moderna di destrutturazione del testo, intendendosi per 'decostruzione' o 'destrutturazione', secondo le indicazioni di Jaques Derrida, una lettura del testo tale da mettere in luce le contraddizioni letterarie e linguistiche che impediscono al testo stesso di trasmettere un messaggio univoco[134]. La 'destrutturazione' del testo normativo si può considerare come sintomo e conseguenza della 'crisi' della fattispecie tradizionale di riferimento. In fondo, la tecnica decostruttiva da sempre è stata il primo passo verso un ampliamento del novero di situazioni e condotte dotate di rilevanza giuridica: quando l'interprete non ha voluto o non ha potuto distaccarsi da principi o categorie tradizionali o testi normativi (o perché ha scelto di muoversi nel solco della tradizione o del diritto positivo, o perché non era legittimato a creare diritto nuovo) ha fatto ricorso a tecniche connesse con la destrutturazione del testo, consentendosi appunto interpretazioni estensive. Quando non vi era spazio neppure per queste, ha fatto ricorso alle finzioni (seconda strategia). Però, nella maggior parte dei casi, il processo di giuridificazione è poi approdato nel distacco dalle figure o dalle regole tradizionali e nella elaborazione di nuove figure o regole, che hanno affiancato (e in qualche caso soppiantato) quelle vecchie.

Veniamo ora alla seconda ragione per cui la storia della protezione giuridica delle fragilità può soccorrere l'interprete odierno. Questa attiene ad un altro aspetto di primaria importanza

133 *Amplius* D. DI OTTAVIO, *Ricerche in tema di 'querela inofficiosi testamenti'*, I. *Le origini*, Napoli, 2012, 25 ss., 43 ss., 79 ss., 125 ss.

134 J. DERRIDA, *L'écriture et la différence*, Paris, 1967. Il filosofo francese, tuttavia, proponeva questo esercizio critico per la lettura dei testi letterari, non dei testi giuridici: L. SOLIDORO, *Il diritto post-moderno tra 'Comfort Zone' della tradizione e nuovi spazi euro-globali*, in *Liber amicorum per Massimo Panebianco*, Napoli, 2020, 1469 ss.

nel riconoscimento di rilevanza giuridica delle fragilità: il profilo definitorio.

Sappiamo che la giuridificazione dei fatti si verifica a seguito di un processo di qualificazione. La disciplina giuridica attiene a vicende descritte mediante immagini standardizzate, schemi tipici astratti: le fattispecie e le categorie[135]. Ma, come osserva Nicolò Lipari[136], il tema delle categorie non appartiene all'autonoma riflessione del giurista. Il quale se ne vale, come strumento operativo, ma per lo più ne ignora i meccanismi formali. Il giurista generalmente non riflette in modo analitico sulla struttura concettuale delle categorie che adopera. E questo non è un bene. Perché proprio questa lacuna nella formazione storica e teorica del giurista può indurre a derive opinabili. Nell'ambito della problematica in oggetto, il nodo principale, infatti, per il giurista odierno, è costituito proprio dalla individuazione dei modi di raccordo tra l'indubbia rilevanza giuridica delle nuove figure connesse con la fragilità o vulnerabilità e le categorie tradizionali: capacità/incapacità, distorsione del processo formativo del volere cagionata dai vizi del dolo, della violenza morale, dell'errore.

Per molte situazioni di affievolimento della volontà legato alla fragilità del soggetto, il lento percorso di riconoscimento di rilevanza giuridica è ancora *in itinere* e la sconnessione sussistente tra i recenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali da un lato, e il diritto positivo – rappresentato principalmente dagli originari assetti dei codici Novecenteschi – dall'altro ha creato un diffuso malcontento. Un malcontento che si è tradotto in avversione e insofferenza verso le categorie tradizionali, in quanto ritenute chiuse e poco permeabili. Sono state accusate in primo luogo la corrente Pandettistica tedesca e italiana e in secondo luogo la forma-codice, di avere astratto, cristallizzato, irrigidito queste

[135] Riferimenti in N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 69.1, 2014, 36 ss.
[136] N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013.

categorie in perimetri troppo ben circoscritti, così ostacolando o addirittura impedendo la loro adattabilità alle nuove situazioni o condizioni (come appunto fragilità e vulnerabilità) che si affacciano alla soglia dell'universo giuridico. La giuridificazione delle nuove categorie sociologiche e filosofiche verrebbe intralciata, in questa linea di pensiero, appunto dalla rigidità delle fattispecie tradizionali; di cui, perciò si è attivata una 'destrutturazione' o 'decostruzione', al fine di farvi rientrare i c.d. nuovi vizi, quelli cioè che producono volontà affievolite, quelle facenti capo a soggetti fragili o vulnerabili.

Ma è davvero questo il migliore degli itinerari percorribili? O sarebbe piuttosto il caso di promuovere la formazione, in tempi rapidi, di categorie nuove o ulteriori, piuttosto che rompere il recinto delle fattispecie tradizionali? Auspicare fattispecie troppo porose, dai contorni indefiniti e slabbrati, non giova alla certezza dei rapporti giuridici, al principio di stabilità del contratto, all'esigenza di tutela dell'affidamento del terzo. In linea più generale, va considerato che imprimere stabilmente alle figure giuridiche una struttura flessibile o aperta ha un prezzo molto alto: si aprono le porte al governo dei giudici. Lo slabbramento dei contorni delle fattispecie (i tradizionali vizi della volontà) può essere funzionale per inglobare nuove figure, ma lascia indistinta e indefinita la perimetrazione delle condotte sanzionabili, rendendola suscettibile di interpretazioni che in qualche caso potrebbero rivelarsi arbitrarie e imprevedibili, minando la certezza del diritto, oppure troppo estensive e tali da incidere negativamente sulla certezza della circolazione[137]. Può essere invece più adeguato

[137] Un tema, questo, molto sentito dal legislatore italiano del 1942. In generale, per il difficile punto di equilibrio tra invalidità e certezza della circolazione, ampia discussione in V. PIETROBON, *Errore, volontà, e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990; *Il progetto italo-francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, a cura di G. Alpa e G. Chiodi, Milano, 2007.

ai principi di certezza del diritto e della circolazione forgiare nuove categorie, da mettere accanto a quelle tradizionali. Il sistema dei 'vizi del volere' e delle relative azioni di annullamento, così come costruito dalla dottrina tedesca dell'Ottocento, se da un lato non va demonizzato, perché ha offerto alla scienza giuridica un modello operativo encomiabile, dall'altro lato non costituisce una rappresentazione necessariamente immobile e collocata al di fuori del tempo[138].

9. *I volti antichi della vulnerabilità nella proiezione giuridica*

Abbiamo constatato come la comparsa, nell'orbita giuridica europea, della rilevanza giuridica della vulnerabilità, della fragilità e degli stati di dipendenza economica e psicologica, si debba in parte a influssi del diritto statunitense, in altra – e più cospicua parte – all'attività degli organismi internazionali, in altra parte ancora all'operato di dottrina e giurisprudenza, in quella che ormai è la dimensione della 'despazializzazione del diritto', dovuta alla permeabilità delle frontiere, che implica una velocissima diffusione transnazionale dei nuovi orientamenti in campo giuridico.

La delineazione delle più recenti figure giuridiche all'interno del diritto europeo e nei diritti interni degli Stati membri è stata molto rapida. Ed altrettanto rapido pare essere il percorso di precisazione dei contenuti delle nuove categorie. Ciò potrebbe consentire di non destrutturare le preesistenti fattispecie per soddisfare le nuove istanze, e piuttosto di elaborare una disciplina specifica per le figure da ultimo emerse. In tal modo, la funzione categorica del diritto (che frena e stabilizza) risulterebbe preservata. In questo itinerario, dottrina e giurisprudenza hanno assunto un compito gravoso (in

[138] Insiste opportunamente su questo concetto M. BESSONE, *Rilevanza della presupposizione, le teorie di Windscheid e di Oertmann, gli 'obiter dicta' della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 101, 1978, V, 281 ss.

parte peraltro già assolto) e una grande responsabilità, perché a loro spetta costruire un percorso sinergico con il legislatore, che dimostra peraltro, sul tema in oggetto, una certa inerzia. Ma oggi, appunto, le modalità con cui la costruzione delle nuove figure e delle nuove discipline debba realizzarsi sono al centro di un ampio dibattito, cui sopra si è fatto cenno: nel ritrarsi del legislatore interno, quale ruolo riconoscere alla dottrina e alla giurisprudenza nella enucleazione e nella disciplina delle nuove fragilità?

Ed è appunto qui che soccorre ancora una volta la storia. Risalire allo studio della rilevanza giuridica della vulnerabilità o fragilità dell'autore dell'atto nel mondo romano non rileva perché si sappia che il problema si è già posto più di due millenni fa. Non si tratta soltanto di soddisfare una curiosità antiquaria: il diritto romano va studiato soprattutto in quanto luogo privilegiato di osservazione ai fini della comprensione del presente, in quanto modello di riferimento dei processi di formazione e di trasformazione del diritto[139]. E la consapevolezza delle necessarie trasformazioni del diritto rende necessariamente ogni giurista uno storico[140].

Perciò ogni riflessione sulle tutele giuridiche della vulnerabilità deve basarsi sulla conoscenza delle risposte già fornite, nel corso del tempo, dagli ordinamenti giuridici. È nella prospettiva storica e teorica che deve muovere l'approccio al problema delle volontà affievolite, quelle dei soggetti fragili e vulnerabili, dal momento che soltanto la conoscenza delle pregresse esperienze giuridiche può consentire di definire con precisione il ruolo degli 'attori' di questo

[139] In questo senso, ancora di recente, ribadendo la convinzione di Max Weber, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, nel corso della *Relazione introduttiva*, svolta in occasione del Convegno su *Il diritto e le nuove dimensioni dell'essere. In ricordo di Antonio Palma*, Firenze, 11 marzo 2024.

[140] Così G. SEVERINI, nel corso del suo intervento in occasione del Convegno su *Il diritto e le nuove dimensioni dell'essere. In ricordo di Antonio Palma*, Firenze, 11 marzo 2024.

complesso itinerario: il pensiero scientifico dei giuristi, l'operato dei giudici nella vita quotidiana del diritto, l'intervento del legislatore. Occorre inoltre sviluppare una piena consapevolezza delle dinamiche che, nel tempo, hanno costituito l'intreccio tra i tre formanti che oggi denominiamo dottrina, giurisprudenza, legge: quale di essi ha promosso la rilevanza giuridica delle fragilità o vulnerabilità, nel mondo antico, e con quali esiti? Si è sviluppata una sinergia virtuosa, nel passato, tra giuristi dediti allo studio scientifico del diritto, magistrati, giudici, legislatori?

Ebbene, lo studio storico-giuridico della materia qui all'esame consente di constatare che le dinamiche risultano mutevoli. In qualche caso è stata la legge a suggerire a magistrati e giuristi di tutelare persone fragili e vulnerabili, in altri casi è stata piuttosto la sinergia tra *prudentes*, magistrati e giudici a introdurre nell'ordinamento giuridico romano la protezione di specifiche fragilità, senza che la legge intervenisse al riguardo. Vi è poi una costante: l'esigenza di tutelare le vulnerabilità risulta derivata da istanze sociali, a loro volta spesso congiunte con il pensiero filosofico.

La protezione di persone dotate di scarsa capacità di attingere informazioni o di formulare valutazioni, di persone in situazioni che costituiscono il terreno d'elezione per gli abusi di natura psicologica, affonda le sue radici nella notte dei tempi. La regolamentazione connessa con gli atti compiuti da soggetti fragili ha una storia antichissima. Naturalmente, nell'evo antico e nell'età di mezzo la percezione delle vulnerabilità seguiva parametri in buona parte diversi di nostri. Pensiamo alla *levitas animi* attribuita dai Romani alle donne[141], e ancora di più all'*infirmitas* o *imbecillitas*

141 Gai 1.44; 1.190. In lett., R. QUADRATO, *Infirmitas sexus e levitas animi: il sesso "debole" nel linguaggio dei giuristi romani*, in *Atti del Convegno di studi Scientia iuris e linguaggio nel sistema giuridico romano (Sassari, 22-23 novembre 1996)*, a cura di F. Sini e R. Ortu, Milano, 2001, 154 ss.

sexus[142] ricondotta alla condizione femminile, che implicava l'assoggettamento a tutela della donna per tutta la durata della sua vita, anche *propter forensium rerum ignorantiam*, ma non certo con funzione protettiva della donna, quanto piuttosto per evitare che il patrimonio familiare venisse depauperato dalle iniziative muliebri.

È appunto la nozione romana di *imbecillitas*, che indica l'essere vacillanti, malfermi sulle proprie gambe, ad essere stata poi assunta da Samuel Pufendorf come vera e propria categoria, quella della debolezza, una carenza propria della condizione umana. Ma non dimentichiamo che il principio giuridico dell'impedimento dovuto al sesso è stato rimosso in Italia soltanto nel 1919.

Ancora al fine di preservare i grandi patrimoni delle famiglie romane, più che per proteggere le persone fragili, i Romani prestarono inizialmente attenzione alla condizione dei disabili, cui vennero riconnesse svariate incapacità e corrispondenti forme di protezione. Poi, con il passare del tempo, l'assistenza dei disabili cominciò ad essere concepita come un *munus* svolto almeno in buona parte nel loro stesso interesse: le *debiles personae*, cioè gli esseri umani affetti da qualche deficienza fisica (mutismo, sordità cecità), non essendo capaci di compiere gli atti giuridici per i quali si richiedeva la facoltà fisiologica di cui erano privi, venivano assistiti da curatori (*curatores debilium personarum*) nominati di volta in volta dai magistrati[143].

Ma non mancano, nell'esperienza giuridica romana, altri interventi dell'ordinamento giuridico ancora più vicini all'idea di protezione del soggetto vulnerabile. Tra questi, va annoverata la legge Letoria del 200 a.C. circa, riguardante la condizione dei

[142] D. 16.1.1.2-3; D. 22.6.9; D. 49.14.18; C. 5.3.20.1. In lett. S. SOLAZZI, *Infirmitas aetatis e infirmitas sexus*, in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, 357 ss.; F. MERCOGLIANO, *Deterior est condicio feminarum quam masculorum*, in *Index*, 29, 2001, 2009 ss., anche in ID., *Fundamenta*², Napoli, 2012, 205 ss.

[143] D. 3.1.3.3; D. 3.1.5; I. 2.3.4. In lett., V. CARRO, *Ciechi, sordi e muti nell'esperienza giuridica romana*, in *Index*, 32, 1995, 538 ss.

maschi tra i quattordici e i venticinque anni, orfani di padre, per il diritto civile erano pienamente capaci di agire, ma di fatto esposti alle insidie di astuti faccendieri, i quali convincevano le giovani ed inesperte controparti a concludere contratti a condizioni inique[144]. Pensiamo anche alle vittime di minacce e di raggiri in un'epoca storica in cui il dolo e violenza morale non avevano ancora ottenuto tutela giuridica. In questo campo, a Roma, fu l'editto pretorio ad innovare radicalmente nel corso del I sec. a.C., su spinte almeno parzialmente provenienti dal pensiero filosofico greco[145].

Anche l'*egestas* e la *paupertas* sollecitarono gli interventi delle istituzioni. La tendenza a potenziare l'evergetismo e a moltiplicare le iniziative degli organi pubblici in favore di soggetti bisognosi si evidenziò soprattutto in materia di istituzioni alimentari: sulle orme di Nerva, l'*optimus princeps* Traiano nel 103 d.C. emanò un provvedimento, con il quale dispose distribuzioni di frumento e denaro – in larga parte a carico dell'Imperatore – per il sostentamento e il mantenimento dei bambini (*pueri et puellae*) indigenti[146]. Questo programma di assistenza pubblica in favore

144 Sulla *cura minorum*, Gai 1.196-198; D. 4.4; I. 1.23; C. 2.22.23. In lett., v. soprattutto S. DI SALVO, *Lex Laetoria. Minore età e crisi sociale tra il III e il II a.C.*, Napoli, 1979.

145 Sull'emersione della rilevanza giuridica del dolo è fondamentale la lettura di M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, Milano, 1973; per gli aspetti qui trattati, v. anche P. LAMBRINI, *Il dolo tra Grecia e Roma*, in *Studi in onore di F. Guizzi*, I, Torino, 2013, 469 ss.; EAD., *Il dolo: un concetto multiforme*, in *Persistenza e mutamenti nelle figure del diritto privato*, Napoli, 2023, 121 ss. Sul *metus*, E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, Milano, 2011; I. PONTORIERO, *I vizi*, cit., 52 ss., 58 ss., con bibl.

146 Fonti e lett. in G. MAININO, *La Tabula Alimentaria di Veleia fra politica, diritto ed evergetismo: problemi e prospettive*, in *Archivio Storico per le Province Parmensi*, 44, 1992, 345 ss.; ID., *Studi giuridici sulla Tabula Alimentaria di Veleia*, 2019 (www.ledonline.it); R. LAURENDI, *Institutum Traiani. Alimenta Italiae obligatio praediorum sors et usura. Ricerche sull'evergetismo municipale e sull'iniziativa imperiale per il sostegno dell'infanzia nell'Italia romana*, Roma, 2018; I. MARRA, *La politica sociale per*

dell'infanzia dette l'avvio ad una folta legislazione succeduta in età imperiale per rimediare alla piaga della *paupertas*[147]. La tutela delle persone bisognose e indigenti assunse allora – segnatamente con la diffusione del cristianesimo – variegate sfaccettature: dai provvedimenti normativi volti alla protezione dei più deboli nei confronti delle tante forme di arroganza e prevaricazione esercitate dai *potentes*, alla promozione di arricchimento dell'*ecclesia*, affinché quest'ultima fosse in grado di svolgere l'attività assistenziale in favore dei poveri (*adiuvare pauperes*) ma anche dei malati e degli emarginati in genere (si pensi alle prostitute[148]), in linea con la sua missione evangelica. La delega alla Chiesa, da parte dell'Impero, dell'impegno in campo sociale a sostegno delle categorie fragili si affiancò pertanto alla fondazione di numerosi enti preposti a questo delicato e gravoso compito[149].

l'infanzia romana fra Augusto e Costantino dall'estemporaneità alla normazione. L'organizzazione amministrativa dei magistrati e degli addetti ai congiaria per i pueri della plebe romana, Roma, 2024.

147 Dettagliata trattazione in C. CORBO, *Paupertas. La legislazione tardoantica*, Napoli, 2006. Tra le fonti più significative, CTh. 11.27.1 e C. 4.43.2, esaminate e commentate anche da C. LORENZI, *Si quis a sanguine infantem… conparaverit. Sul commercio di figli nel Tardo Impero*, Perugia, 2003, 33 ss., 41 ss.

148 Sugli interventi imperiali volti a favorire la redenzione e la riabilitazione socio-giuridica delle prostitute, rinvio a quanto esposto in L. SOLIDORO, *La prostituzione femminile nel diritto imperiale*, in *Diritto e controllo sociale. Persone e status nelle prassi giuridiche. Atti del Convegno della Società Italiana di Storia del Diritto (Napoli, 22-23 novembre 2012)*, a cura di L. Solidoro, Torino, 2019, 187 ss., in part. 227 ss., 235 ss., 242 ss. Fonti principali: CTh. 15.7.1-2, 8; C. 1.4.33.1-4; C. 5.4.23; Nov. 14.

149 In tema, *Poveri ammalati e ammalati poveri. Dinamiche socio-economiche, trasformazioni culturali e misure assistenziali nell'Occidente romano in età tardoantica*, a cura di R. Marino, C. Molè e A. Pinzone, Catania, 2006; R. MARINO, *Povertà e malattia nella tarda antichità tra interventi pubblici e privati*, in *Mediterraneo Antico*, 10, 2007, 319 ss.

ABSTRACT

Si delinea un quadro d'insieme della fluttuante nozione di 'soggetto vulnerabile', formatasi in ambito sociologico e poi entrata nell'orbita giuridica. Il concetto sociologico e filosofico di 'vulnerabilità', una volta migrato nell'orbita giuridica, ha conservando l'indeterminatezza e la flessibilità originarie, accentuate dalla rinunzia dei legislatori alla elaborazione di una definizione precisa. Tale caratteristica della nozione di vulnerabilità necessariamente lascia oggi ai giudici nazionali e alle Corti internazionali un ampio margine di discrezionalità. Nel saggio si ripercorrono le molteplici tappe storiche attraverso le quali si è formata, consolidata ed espansa la protezione giuridica delle persone fragili, a partire dall'esperienza giuridica romana ai giorni nostri, dedicando particolare attenzione al tema della formazione e manifestazione della volontà di persone vulnerabili negli atti di autonomia. Ne risulta la perenne sinergia tra studio scientifico del diritto, legislazione e giurisdizione nella lenta individuazione delle categorie fragili, nella individuazione delle varie forme di volontà affievolite, nella predisposizione di tutele efficaci a fronte delle varie forme di approfittamento.

This essay outlines an overview of the evolving notion of the vulnerable subject, originally developed within sociological discourse and subsequently absorbed into the legal domain. Once transposed into the juridical sphere, the sociological and philosophical concept of vulnerability retained its original indeterminacy and flexibility, further accentuated by legislators' persistent refusal to provide a precise statutory definition. Such openness necessarily leaves both national judges and international courts with a broad margin of discretion. The essay retraces the multiple historical stages through which the legal protection of fragile individuals has been formed, consolidated, and expanded,

from Roman legal experience to the present day. Particular attention is devoted to the formation and expression of the will of vulnerable persons in acts of private autonomy. The result is a continuous synergy between legal scholarship, legislation, and adjudication in the gradual identification of fragile categories, in the recognition of weakened forms of *voluntas*, and in the provision of effective safeguards against the manifold forms of exploitation.

PAROLE CHIAVE

Vulnerabilità – Fragilità – Volontà – Diritto romano

Vulnerability – Fragility – Will – Roman Law

LAURA SOLIDORO
lsolidoro@unisa.it