

**FORME E REALTÀ NELL'ESPERIENZA GIURIDICA**

*Collana diretta da*

**Mario Bertolissi - Umberto Vincenti - Danilo Castellano**

**RUDI DI MARCO**

# **DIRITTO E “NUOVI” DIRITTI**

**L'ordine del diritto e il problema  
del suo fondamento attraverso la lettura  
di alcune questioni biogiuridiche**



**G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO**

## BREVI CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Il lavoro proposto nelle pagine seguenti risponde a diverse sollecitazioni, da più parti venute e di differente natura. Esso, inoltre, risponde a molti e incoraggianti stimoli a proseguire studi e ricerche intrapresi.

\* \* \*

Ne è nato un volume indubbiamente complesso, sotto molti profili, e probabilmente di non facile lettura, anche perché le posizioni variamente sostenute e le tesi difese al suo interno, con riferimento all'analisi della Dottrina, della Giurisprudenza e della Legislazione, nella contemporaneità non trovano facili consensi e adesioni.

Anzi: potrebbe dirsi che rispetto alla *Weltanschauung* oggi sociologicamente dominante, soprattutto all'interno della c.d. comunità scientifica, gli argomenti portati in questo studio si caratterizzano per un indiscusso anti-conformismo.

\* \* \*

È chiaro, infatti, che la pretesa, anche inconsapevole, di applicare in modo trasversale e assoluto ( $\alpha$ -critico) le categorie concettuali della modernità e della *post*-modernità deboli, assurgendo le stesse a paradigma di validità e scientificità di qualunque scritto (*rectius*, di qualunque opinione), comporta che l'intero nostro lavoro possa risultare, a prima lettura, in parte incomprensibile, mettendo in discussione, come esso fa, proprio queste premesse, rifiutandone il metodo e facendone emergere le aporie interne.

Il lavoro, insomma, non è omologato e non si omologa alla sensibilità intellettuale oggi diffusa, e ciò anche perché esso non si inserisce in uno dei molteplici filoni concettuali tra loro contrapposti, ancorché collocabili sempre all'interno di una matrice ideologica comune, ma proprio si pone all'esterno di questa.

Le pagine che seguono, dunque – se ci è concessa una metafora –, per quanto esse possano essere lineari e per quanto esse possano portare argomenti concreti, e per così dire pratici, a sostegno delle tesi che presentano, esse stesse si pongono a valle di una ripida salita concettuale, onde la loro lettura e la loro comprensione richiedono al Lettore uno sforzo maggiore di quello che gli sarebbe richiesto qualora egli trovasse, nelle pagine sottoposte alla sua attenzione, e il metodo e il contenuto ai quali egli stesso è avvezzo e ai quali la contemporaneità lo ha giuocoforza abituato.

Il lavoro, però, non risponde a un gusto personale. Esso piuttosto, risponde, o cerca di rispondere, all'adempimento di un dovere morale inderogabile, il quale, infondo, a nostro avviso, è *condicio sine qua non* della e per la ricerca, libera nell'ordine del suo fine, vale a dire libera nell'ordine della ricerca della verità.

\* \* \*

Il lavoro, come già dal titolo e dal sottotitolo emerge, affronta, attraverso un'analisi organica di varie questioni distinte, ma fra loro idealmente connesse, un tema delicatissimo e complesso assai: esso, cioè, si prefigge un'indagine critica intorno ai cc.dd. nuovi diritti, vale a dire introno a quelle che ordinariamente vengono considerate alla stregua di conquiste proprie del progresso politico-giuridico contemporaneo.

La complessità, poi, è ulteriormente aggravata se solo si consideri che il campo d'applicazione delle conquiste *de quibus* involge primariamente la sfera intimo-personale-familiare dell'individuo, cioè quell'ambito di valori e di principii i quali, proprio dalla *communis opinio* contemporanea sono o dovrebbero essere, almeno sotto il profilo "interno", il più possibile sottratti a ogni forma di regolamentazione, sia essa morale, giuridica, sociale *et coetera*.

\* \* \*

Il nostro contributo, però, con il quale abbiamo organicamente raccolti, integrati e rielaborati alcuni tra gli studii compiuti in circa dieci anni di attività e in occasione di dibattiti, convegni e incontri svoltisi in Italia e all'Estero, non ha la presunzione di dispensare risposte assertorie e incontrovertibili in ordine alle questioni considerate; nemmeno esso ha l'illusione di risolvere in termini definitivi e

assoluti ogni problema che pur affronta. Piuttosto le pagine che seguono coltivano un'ambizione filosofica, metafisica: essa si sostanzia nel fare emergere alcuni problemi interni alla *Weltanschauung* moderna e contemporanea e alcune contraddizioni nelle quali essa cade nel suo momento applicativo, suggerendo nel contempo una via alternativa; una via realistica, quella propria, cioè, – potremmo sinteticamente dire – della grande Scuola del giusnaturalismo classico.

Il lavoro, pertanto, non pretende, e nemmeno esso cerca, di fondare nuove filosofie, di dare nuove risposte ai problemi di oggi e di ieri – se possiamo usare quest'espressione –, quanto piuttosto esso propone un umile ritorno all'ordine proprio delle cose, il quale, a nostro avviso, rappresenta il minimo indispensabile in termini ontologici, che è il massimo possibile in termini etici e giuridici.

Fra le righe delle pagine che seguono, allora, si cela, nemmeno troppo velata, una forma di ottimismo realistico e di fiducia: essa è data dal profondo convincimento che l'essere umano, nonostante tutto, sia capace e abbia un'intima indigenza di fugare ogni nihilismo e ogni relativismo per cogliere la norma e la regola che la natura delle cose palesa e impone alla sua intelligenza.

La verità, infatti, è condizione e criterio della libertà; la verità rende liberi – come insegna per esempio anche l'Evangelo –, una libertà senza verità, o, peggio, una libertà che pretenda di fondare la verità e che assurga sé medesima a criterio della prima, qualunque ne sia l'autore: lo Stato, l'individuo, il centro di potere economico *et coetera*, è assolutamente disumana e anti-umana, essa è di gran lunga peggiore del più basso istinto animale, essa è causa non di disgregazione, ma proprio di impossibilità, di ogni comunità politica, di ogni forma di convivenza sociale e civile, di ogni tipologia di Ordinamento.

Se dalle pagine che seguono, questo, almeno in parte, emerge e si fa palese presso il Lettore, il lavoro avrà risposto a una delle sue finalità.

\* \* \*

Il lavoro rivela – e in ciò speriamo di essere riusciti – la trasformazione gradualmente subita nel corso del tempo, in particolare negli ultimi tempi, dal concetto di diritto. Il diritto, infatti, è attualmente vieppiù considerato come solo diritto soggettivo e questo, a sua volta, – come si vedrà nel corso della trattazione – è inteso come sola pretesa.

Questa concezione, però, è entrata attualmente in crisi per la sua radicale contraddizione interna. Su questa contraddizione e sui problemi che essa comporta ci soffermeremo reiteratamente nelle pagine di questo volume ponendo mente anche agli aspetti pratico-operativi che essa involge.

I nuovi diritti, infatti, spesso non compendiano in sé stessi un'applicazione del diritto, dello *ius*, ma inverano, al contrario, prima il suo rifiuto e poi la sua negazione. E ciò non solo intendendo, propriamente, lo *ius* in senso classico, vale a dire come partecipazione della giustizia, ma anche intendendolo secondo i paradigmi moderni come (mera) norma positiva voluta, per sé, dallo Stato.

\* \* \*

Il volume, generosamente accolto in una Collana di indiscusso prestigio, grazie all'apprezzamento dei Professori Mario Bertolissi, Umberto Vincenti e Danilo Castellano, cui va ogni più sincera attestazione di gratitudine, esce all'esito di un lavoro più ampio, del quale esso rappresenta, pur in sé compiuta, la prima parte. Una prossima pubblicazione, infatti, sarà dedicata alle connesse questioni della c.d. bio-politica.

CAPITOLO I

PERSONA, SOGGETTIVITÀ  
E ORDINAMENTO GIURIDICO.  
ALCUNE OSSERVAZIONI PRELIMINARI

Un argomento apparentemente privo di interesse e *prima facie* del tutto “scontato” è rappresentato dalla ricerca del significato che il c.d. diritto positivo attribuisce alla soggettività giuridica, anzi... al “concetto” che esso appalesa.

Tralasciando ogni altro pur rilevante aspetto ci soffermeremo, nell’ambito di una breve indagine *lato sensu* biogiuridica, sul rapporto trilatero (e come vedremo, triunivoco) tra soggetto, persona umana e capacità giuridica.

Vedremo che non si tratta di un’indagine fine a sé stessa, priva di utilità pratica, bensì di un tema preliminare e fondativo, il quale dà conto della *ratio essendi* che sottostà all’Ordinamento giuridico considerato nel suo complesso. Anzi, che sottostà sia alla “necessità concettuale”, sia alla “possibilità operativa” dell’Ordinamento medesimo. E ciò tanto sotto il profilo teoretico che involge la natura e il fine della Comunità politica e dello *ius* che la disciplina; quanto sotto il profilo operativo-applicativo che guarda all’effetto prossimo della *norma legis*.

\* \* \*

Giova preliminarmente ricordare, infatti, con le parole, per esempio, di Francesco Gazzoni, che se da un lato «la capacità giuridica della persona fisica è [...] qualità astratta e *a priori* di carattere generale, che coincide con la soggettività»<sup>1</sup>, essa non si riduce a una cate-

---

<sup>1</sup>F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007<sup>13</sup>, p. 121.

gorizzazione formale, a una *figura iuris* che l’Ordinamento prevede, dispone, attribuisce, revoca *et coetera* a suo beneplacito e indifferentemente.

*Viceversa* «con l’acquisto della capacità giuridica l’individuo [...] soprattutto potrà avvalersi della protezione accordata dall’ordinamento giuridico, [la qualcosa comporta che (n.d.a.)] posticipare l’acquisto o addirittura negarlo significherebbe [...] considerare l’individuo [medesimo (n.d.a.)] un oggetto, una cosa, come un tempo era per gli schivi, e non un soggetto»<sup>2</sup>.

Di talché il “tema” della capacità giuridica involge – per così dire – la persona nell’Ordinamento; il rapporto tra persona e Ordinamento, il suo ruolo, la sua posizione, il modo, insomma, secondo il quale ella è concepita. E ciò viene ovviamente prima di ogn’altra questione; anzi... da questo problema e dalla sua soluzione tutti gli altri dipendono e derivano.

Quale sia il soggetto e quali siano gli oggetti, e perché il soggetto sia soggetto e goda della soggettività giuridica, infatti, esse rappresentano questioni fondative e preliminari attorno alle quali gravita l’intera struttura giuridica dell’Ordinamento; esse danno conto della ragione stessa del diritto.

Che poi – lo anticipiamo solamente – l’Ordinamento positivo venga ritenuto e si ritenga “sovrano” rispetto alla stessa capacità giuridica, e che quindi essa, come scrive per esempio De Cupis, sia fatta dipendere *in toto* dalle sue norme<sup>3</sup>; o che, all’opposto, la capacità giuridica della persona rappresenti un “dato” la verità del quale all’Ordinamento si impone, come s’impone allo stesso soggetto, essa è una diversa e complessissima questione, la quale involge il modo – per così dire – di concepire *ab imis* l’Ordinamento in quanto tale.

Sta di fatto, comunque, come Danilo Castellano ha opportunamente rivelato, che la disciplina della capacità giuridica tralascia, compendiata nell’art. 1 c.c. – pur imperfetta, come vedremo –, è essa stessa indice di un certo «realismo giuridico» del Codice e

---

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> È nota (e vieppiù predominante) la tesi secondo la quale lo *status personae*, o, se si preferisce, la capacità giuridica, sia «un prodotto del diritto positivo e non già una sostanza che questo trovi già costituita in natura, per cui si limiti a registrarla così come la trova» (A. DE CUPIS, *Persona fisica (diritto vigente)*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1965, XII, p. 1019).

dell'Ordinamento che lo contempla; essa è indice – possiamo dire – di irrefutabile realismo<sup>4</sup>. Sotto un certo profilo, possiamo aggiungere ancora che essa è indice di una necessità logica e concettuale interna allo stesso Sistema<sup>5</sup>. Ma di questo parleremo un poco più approfonditamente in appresso.

\* \* \*

Ai fini, dunque, della nostra analisi giova sgomberare preliminarmente il campo da equivoci e focalizzare il rapporto biunivoco tra soggetto di diritto giuridicamente capace e persona umana nell'ambito di un'equivalenza logica e ontologica, la quale lega indissolubilmente il soggetto di diritto/persona al titolare della capacità giuridica (*sub art. 1 c.c.*), e non a uno qualunque dei vari capi d'imputazione di "situazioni normative" attive e passive che il sistema concepisce, disciplina, contempla a fini *lato sensu* operativi.

Che soggetto giuridico (*sui generis*), infatti, possa essere anche un *ens* privo della capacità giuridica *ex art. 1 c.c.*, è del tutto evidente solo considerando la natura e la regolamentazione normativa delle cc.dd. persone giuridiche (*e. g.*: associazioni; fondazioni; comitati; società), le quali, pure essendo "soggetti di diritto" in quanto titolari (attuali o potenziali) di rapporti giuridici, non integrano però gli estremi della capacità giuridica che il Codice civile riconosce alle sole persone umane, possiamo anche dire, con terminologia da manuale, che esso riconosce alle sole persone fisiche.

Anzi, già il fatto di parlare analogicamente di "persone giuridiche", e di adoperare questa *fictio iuris* per indicare i cc.dd. enti mo-

---

<sup>4</sup> *Contra*, oltre alle già citate tesi di De Cupis, la nota posizione di Orestano secondo la quale «i diritti soggettivi [e anche, ovviamente, a monte, lo *status personae* che ne è il presupposto per la titolarità (n.d.a.)] verranno considerati come la soggettivazione del diritto obiettivo» (R. ORESTANO, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologna, Il Mulino, 1978, p. 179) dal quale punto dipendono e derivano *in toto*.

<sup>5</sup> Non può negarsi, infatti, che «la capacità giuridica (art. 1 CC) non è [...] "attribuita" o "riconosciuta" all'individuo umano come sostiene la dottrina idealistica: il legislatore "prende atto" [...] che chi nasce vivo da essere umano è uomo e, in quanto tale, soggetto e, perciò, necessariamente soggetto giuridico. Il legislatore non ha facoltà di operare una scelta diversa. Nello stabilire quanto stabilito con l'art. 1 CC è vincolato dalla natura dell'ente umano» (D. CASTELLANO, *Sul realismo del Codice civile italiano*, in D. CASTELLANO, *Quale diritto? Su fonti, forme, fondamento della giuridicità*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, p. 103 e s.).



rali, è esso indice indiretto di quale sia il modello di riferimento rispetto alla titolarità di diritti e di doveri. Il modello, infatti, è rappresentato dalla persona *sic et simpliciter*, dalla persona-soggetto, dall'essere umano, insomma, il quale è per natura (e per norma) titolare della capacità giuridica<sup>6</sup>.

\* \* \*

Quella dei cc.dd. enti morali, infatti, è una forma (*rectius*, un artificio) di personalità-capacità-soggettività giuridica *sui generis*; essa è tutt'affatto differente rispetto all'istituto contemplato (non solo per “tradizione”<sup>7</sup>) nel primo articolo del Codice civile vigente (che, co-

---

<sup>6</sup>A questo proposito, per esempio, Todescan fa rilevare che «l'estensione analogica [...] per cui si reputava la nozione filosofica di “persona” [...] idonea a significare efficacemente il momento unitario dell'*universitas*, segnava il fecondo connubio della cultura giuridica con quella filosofica e teologica» (F. TODESCAN, *La persona giuridica*, in F. TODESCAN, *Itinerari critici dell'esperienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1991, p. 87 e s.).

<sup>7</sup>Giova considerare, seppure per brevi e incompleti cenni, la comparazione tra il primo articolo del previgente Codice civile italiano (R.D. 25 Giugno 1865 n. 2358) e il settimo articolo del Codice di Napoleone il Grande pel Regno d'Italia (16 Gennaio 1806), disposto in riflesso del *Code civil* francese. Si noterà immediatamente che l'art. 1 del Codice del 1865 prevede un nesso inscindibile tra cittadinanza e godimento dei diritti civili, essendo ivi previsto che «ogni cittadino gode dei diritti civili». Si noti: ogni cittadino, non ogni uomo! Sulla dizione “diritti civili”, poi, sarebbe uopo di trattare in una monografia; *brevitatis causa* segnaliamo solamente che nel linguaggio del citato Codice essi indicano i diritti che entrano nella disponibilità del soggetto in quanto positivi. E non è affatto velata l'impostazione rousseauiana che rinvia a «*les droits de l'homme en société*» contemplati dall'art. 1 della *Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen*, premessa alla *Constitution de la République Française du 5 fructidor an III*. Diversamente è strutturato, invece, il citato art. 7 del Codice di Napoleone, a mente del quale «l'esercizio dei diritti civili è indipendente dalla qualità di Cittadino» (nella lettera francese, leggesi: «*l'exercice des droits civils est independant de la qualité de Citoyen*»). La questione è a nostro avviso di un certo interesse: se il godimento dei cc.dd. diritti civili non dipende dallo *status civitatis*, infatti, potrebbe opinarsi che esso dipenda esclusivamente dallo *status hominis*. Da un tanto potrebbe inferirsi un certo realismo (facciamo rinvio al significato datone da Castellano) della norma positiva, un fondamento della stessa nel diritto naturale. Ciò richiamerebbe le autorevoli osservazioni di Rainer sul *Code civil*; egli infatti, come è noto, rileva che «forse soprattutto per il suo spirito giusnaturalistico il Code Civil rimane e rimarrà un esempio imperituro» (M.J. RAINER, *Il Code civil francese e il diritto naturale*, in D. CASTELLANO (a cura di), *L'Europa e la codificazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 40). In verità, per quanto concerne il problema della capacità giuridica, che quivi massimamente rileva, la questione non è così immediatamente scontata come *ictu oculi* potrebbe apparire e la dottrina francese, sul punto, non ha mancato di operare discernimenti più o meno felici; cosa che è stata

me vedremo, è o dovrebbe ritenersi, almeno concettualmente, superato – anche in modo “inconsapevole” – dalla Legislazione più recente), il quale sta alla base – se così possiamo dire – dell’intero Ordinamento. Si tratta, infatti, di una  *fictio iuris* <sup>8</sup>, come abbiamo cenato, la quale ha posti non pochi problemi concettuali e definitorii<sup>9</sup> che in questa sede non è possibile indagare, poiché ciò sarebbe ulteriore rispetto ai nostri fini<sup>10</sup>.

---

bene evidenziata, per esempio, anche da Guido Alpa (cfr. G. ALPA, *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, Laterza, 1993, p. 95 e ss.). Tralasciando, tuttavia, un più approfondito esame sull’evoluzione storica delle norme, alla luce di quanto testé rilevato potrebbe sembrare non inopportuno ritenere che il primo articolo del vigente Codice civile italiano, subordinando alla mera nascita l’acquisizione della capacità giuridica (e non, invece, all’ottenimento dello *status civitatis*), sia esso più “vicino” all’impostazione napoleonica del 1806 che all’esperienza codicistica italiana del 1865. Un tanto – è inteso – sempreché facciasi riferimento alla interpretazione del *Code civil* propensa a leggere nella disposizione citata una norma idonea alla completa abolizione della condizione di reciprocità  *lato sensu*  intesa con riguardo agli stranieri. In realtà, però, giova considerare che il Codice civile italiano del 1865 equipara *expressis verbis* il Cittadino allo straniero proprio agli effetti del godimento dei cc.dd. diritti civili (*ex art. 3*). In tale guisa, allora, la codificazione del Regno d’Italia dipana, meglio ancora rispetto al testo napoleonico (oggetto – come detto – di contrasti interpretativi), e senza remore né fraintendimenti, ogni dubbio in materia. Il combinato disposto fra le norme del Codice civile, invero, esclude *in parte qua* ogni retaggio della condizione di reciprocità giusta la quale i cc.dd. diritti civili sarebbero riconosciuti agli stranieri, solo qualora il loro Ordinamento di provenienza faccia altrettanto (cfr. G. ALPA, *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*, cit., p. 107). Invero deve segnalarsi che entrambi i testi citati e messi in confronto non contemplano l’espressione capacità giuridica, limitandosi a usare il più ridotto riferimento alla fruizione dei cc.dd. diritti civili. La questione non va sottostimata, considerando che il concetto di capacità giuridica è assolutamente più vasto di quello che può esprimere il mero godimento dei cc.dd. diritti civili, vero è che la prima, nella sua pienezza, comprende senza dubbio i secondi, ma non si esaurisce in questi: la capacità giuridica, infatti, quale analogato della soggettività e quale *figura* giuridica dello *status personae* è un concetto che nasce al di fuori del diritto positivo e che ne travalica grandemente confini e limiti.

<sup>8</sup> Per esempio Bartolo da Sassoferrato, riferendosi all’*universitas* osserva che essa «*proprie non est persona, tamen hoc est fictum positum pro vero, sicut ponimus nos iuristaes*» (BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *In secundam Digesti Novi partem commentaria*, Lugduni, 1581, ad l. *Aut facta*, § *Nonnumquam*, ff. *De poenis* (D. 48, 19, 16, 10), n. 4).

<sup>9</sup> Basti considerare, per esempio, le pagine scritte da Francesco Ruffini sul tema: cfr. F. RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) ed in Federico Carlo di Savigny*, in F. RUFFINI, *Scritti giuridici minori*, Milano, Giuffrè, 1936, II, p. 3 e ss.

<sup>10</sup> Per una breve analisi relativa alla nascita e allo sviluppo storico della persona giuridica nel Seicento, per esempio, può farsi rinvio allo studio di Franco Todescan: cfr. F.

Interessa però rilevare immediatamente che la *figura* della persona giuridica, quale portatrice di una certa capacità-soggettività di diritto, conformata dalle norme positive e da queste attribuita *in casibus* per rispondere a determinate finalità operative, non fa della soggettività *in se*, della capacità giuridica dell'essere umano, qualche cosa di plasmabile *ad libitum* da parte del Legislatore.

Tanto è vero che facendo riferimento all'insegnamento di Nicola Coviello, dovremmo rilevare che la «capacità giuridica è sinonimo di personalità»<sup>11</sup>, ovverosia che essa, in senso proprio, rappresenta il riconoscimento normativo della persona umana quale *subiectus pleno iure*, vale a dire quale soggetto “per eccellenza”, latore perfetto, attraverso la sua mera esistenza, della soggettività intesa nel suo significato più pieno. Infatti, come Alberto Trabucchi fa notare, «notevole conquista del diritto moderno è stata il riconoscere a ogni uomo la personalità»<sup>12</sup>.

\* \* \*

È, invero, l'esistenza in vita dell'essere umano, dell'uomo in quanto tale, che fa nascere in lui la soggettività o personalità di diritto. Non si tratta né di un'attribuzione estrinseca, né della conseguenza di un atto costitutivo: si tratta di un riconoscimento che la norma opera in termini generali e universali rispetto alla soggettività giuridica del soggetto giuridico. In altre parole, al di là della tautologia, si tratta della registrazione di un dato naturale secondo il quale l'uomo

---

TODESCAN, *La persona giuridica*, in F. TODESCAN, *Itinerari critici dell'esperienza giuridica*, cit., cap. III.

<sup>11</sup> N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano – parte generale*, Milano, Società Editrice Libreria, 1915, p. 141.

<sup>12</sup> A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, CEDAM, 2005<sup>12</sup>, p. 246. L'Autore poi aggiunge che «personalità in senso giuridico è [...] l'attitudine riconosciuta dalla legge a diventare soggetto di diritti e di doveri; come presupposto della concreta titolarità dei rapporti, la personalità corrisponde alla capacità giuridica» (*Ivi*, p. 246 e ss.). Trabucchi in fine fa rilevare, in nota, che «per una più sottile distinzione tra i due concetti di personalità e capacità giuridica, la personalità (come sinonimo di soggettività) è l'astratta idoneità a diventare titolare di rapporti: è la titolarità potenziale di una serie indeterminata di rapporti [riconducibile alla sola persona umana (n.d.a.)]. La capacità giuridica è la misura di tale idoneità che definisce i contorni della personalità (per cui, ad esempio, la capacità giuridica degli enti morali è più limitata di quella delle persone fisiche)» (*Ibidem*, p. 247, n. 1).

è persona e non cosa. Anzi si tratta della registrazione del dato in virtù del quale e in funzione del quale tutto il giure si regge e si giustifica. Infatti, per usare le parole di Ermogeniano, «*hominum causa, omne ius constitutum est*»<sup>13</sup>.

Carnelutti, per esempio, osservò che «essere l'uomo una persona vuol dire non essere soltanto una cosa; l'uomo, in altri termini, non è una negazione, ma un superamento della cosa [...]: cosa in quanto corpo, persona in quanto spirito»<sup>14</sup>. Come a dire che il corpo vivo dell'uomo, in quanto corpo umano dotato di spirito e da questo animato, è esso stesso latore della personalità-soggettività sua propria, di un'individualità che trascende l'individuo e che lo qualifica come soggetto, che ne presuppone e postula il corpo, sì, ma che nel corpo e nelle sue funzioni non si esaurisce. Infatti, «la presenza dello spirito nell'uomo, spiegando il suo poter essere soggetto [...], lo distingue dalle altre cose [e (n.d.a.)] questa distinzione si esprime dicendo che l'uomo è persona»<sup>15</sup> poiché egli ha una natura animata dallo spirito, o, per usare ancora le parole di Carnelutti, egli ha una natura libera, nel senso che egli è libero per natura, giacché «la libertà è il carattere dell'uomo in confronto con le altre cose»<sup>16</sup>.

Quale libertà, però? Già entrando, infatti, nel problema della libertà umana, per come esso è laconicamente posto da Carnelutti a fondamento della personalità-soggettività, subito s'intravede la causa prima della soggettività-personalità medesima e con questa il *proprium* della natura umana che la giustifica ed esige. La libertà che «è il carattere dell'uomo in confronto con le altre cose», e che è la ragione della di lui personalità-soggettività, non è, infatti, né manifestazione d'un disordine *lato sensu* impulsivo, né concretazione d'una necessità invincibile: essa, cioè, non è né realizzazione d'un capriccio del volere purchessia, né attuazione d'un istinto che non dipende dall'arbitrio soggettivo, dall'opzione e dalla scelta. Al contrario essa è «capacità di realizzare la legge nell'ordine e così di adeguare il finito all'infinito»<sup>17</sup>,

---

<sup>13</sup> D. 1, 5, 2.

<sup>14</sup> F. CARNELUTTI, *Introduzione allo studio del diritto*, Roma, Soc. Ed. del "Foro Italiano", 1943, p. 70.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> *Ivi*, p. 68.

<sup>17</sup> *Ivi*, p. 66.

in altre parole «libertà, in confronto a necessità, non è altro che capacità di obbedire»<sup>18</sup>, capacità, in fine, di adeguare il contenuto del proprio volere all'ordine del proprio essere. Dunque, la libera natura dell'uomo che è l'*ubi consistam* della di lui soggettività-personalità di diritto si sostanzia in quella che Boezio definisce – come meglio vedremo più avanti e nel prosieguo della trattazione – natura razionale, vale a dire... attitudine a cogliere le cose per ciò che esse sono e ad adeguare la propria condotta in conformità alla regola che emerge dalla di loro essenza.

\* \* \*

E se anche i cc.dd. enti morali sono titolari di una certa forma di soggettività giuridica, quindi di una forma *sui generis* di capacità giuridica, è necessario comprendere tosto che essa deve considerarsi imperfetta, o per meglio dire analogica, eppertanto che essa medesima non può essere confusa colla capacità giuridica (perfetta, per così dire) *sub* art. 1 c.c., colla personalità *optima*, dunque, della quale parlerebbe Coviello.

La questione – si badi – non è “di lana caprina”, non è futile; essa, all'opposto, è preliminare e dirimente rispetto alla stessa comprensione del “rapporto” tra capacità-soggettività di diritto, essere umano-persona e Ordinamento giuridico. Altro, infatti, è sostenere che la capacità giuridica si sostanzia in un'astratta titolarità di diritti e di doveri, in relazione alla quale risulta indifferente la natura del soggetto capace e la quale dipende dal modo e dal contenuto delle disposizioni vigenti, e altro, tutt'altro, è opinare che la capacità giuridica dipenda ed esista, invece, in funzione del soggetto-persona e in virtù della di lui umana natura.

Quella delle persone giuridiche, infine, si sostanzia nella mera attitudine speciale e particolare (non generale e universale) alla titolarità delle (limitate) situazioni giuridico-soggettive attive e passive che sono funzionali alla loro operatività economico-sociale.

In altri termini la persona giuridica è *subiectus*, senza dubbio, ma esso è... *minus quam perfectus* con riguardo alla *condicio subiectiva*. Essa persona giuridica, infatti, non è “soggetto-persona” giuridicamente capace ai sensi del citato art. 1 c.c., non è persona, insomma,

---

<sup>18</sup> *Ibidem*.

poiché non è libera per natura – per usare l’immagine carneluttiana –, ma all’opposto essa medesima in vera in sé stessa un ente al quale l’Ordinamento vigente attribuisce – *in parte qua* – una peculiare capacità di diritto, e ciò – ecco il punto – in ragione della riconosciuta meritorietà delle funzioni per le quali esso ente fu legalmente costituito, cioè fu costituito in virtù delle norme e secondo le loro strutture formali.

Una tale “deficienza soggettiva”, invero, trova, la sua *causa essendi* tanto nella natura derivativa e non originaria della personalità giuridica in disamina (quella delle cc.dd. *fictae personae*), quanto nella configurazione (e struttura) meramente teleologica della medesima.

Per quanto concerne la natura derivativa della capacità/personalità giuridica propria delle cc.dd. *personae fictae*, infatti, giova considerare che essa non è, propriamente parlando, loro riconosciuta dall’Ordinamento giuridico come un *quid datum*, come, cioè, qualche cosa di *ante-positum* rispetto alla norma che lo contempla e disciplina. Quanto piuttosto essa è loro attribuita, ed è attribuita loro non in termini generali, ma negli ambiti e nei limiti entro i quali la disposizione positiva di riferimento configura una forma di separazione, di schermo, tra componenti il c.d. ente morale e l’ente morale stesso. Si tratta, come scrisse Orestano, di «soggetti artificiali creati per semplice finzione»<sup>19</sup>. Di talché – come è noto – esistono persone giuridiche di diritto privato (*e.g.* associazioni e fondazioni), persone giuridiche di diritto pubblico (*e.g.* enti e consorzi), persone giuridiche riconosciute (*e.g.* associazioni riconosciute), persone giuridiche non riconosciute (*e.g.* comitati), persone giuridiche con autonomia patrimoniale (*e.g.* società di capitali), persone giuridiche senza autonomia patrimoniale (*e.g.* società di persone) *et coetera*. Ciascheduna, invero, latrice di una soggettività/capacità giuridica diversa dalle altre e diversamente configurabile in considerazione della differente funzione che essa è deputata a svolgere.

Si tratta – è bene inteso – di una diversità nella forma, nella struttura e nelle funzioni dei vari enti morali, quindi anche nel *quantum* e nel *quomodo* della loro capacità di diritto, la quale è coniata *ad hoc* dal Legislatore in vista della dimensione teleologica che essi assumono. Dunque si tratta di una diversificazione formale e operativa, del

---

<sup>19</sup> R. ORESTANO, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, cit., p. 209.

tutto coerente con la natura stessa degli enti morali, la quale è disciplinata per norma in funzione dello scopo eletto, del progetto (economico, sociale o altro) predefinito, dell’obbiettivo in vista del quale la persona giuridica è punto costituita.

\* \* \*

Alla luce di quanto detto, dunque, giova constatare che l’Ordinamento giuridico positivo non riconosce “la” capacità giuridica *sic et simpliciter* (sub art. 1 c.c.) con riguardo alle cc.dd. persone giuridiche, ma attribuisce loro – nell’ambito di quella che già Sinibaldo De’ Fieschi<sup>20</sup> definiva *fictio iuris* – tante forme di soggettività giuridica *sui generis* (forse sarebbe più corretto dire *suorum generum*), quante esse abbisognano per l’espletamento delle funzioni economiche, sociali *et coetera* in adempimento delle quali furono state concepite. E ciò è perfettamente coerente rispetto alla natura propria degli enti considerati, distinti l’uno dall’altro e diversi per struttura, finalità e *ratio*.

Che una società per azioni, infatti, abbia una fisionomia diversa da una fondazione e che un comitato sia strutturato in modo differente rispetto a un Ente pubblico – per fare due semplici esempi – è del tutto evidente. Che una siffatta diversità (di funzioni, dunque, in questo caso, di natura), poi, si rifletta *sub specie iuris* nella configurazione delle varie “soggettività/capacità giuridiche” loro attribuite, o meglio, nella varietà delle diverse *figurae iuris* che ne definiscono lo *status*, altro non è se non il portato delle loro stesse morfologie giuridiche. È del tutto evidente, dunque, che lo *status iuris* di tali enti consenta loro ambiti, contesti e limiti di operatività differenti e differenziati in ragione della loro stessa *ratio essendi*, ovvero sia in ragione della loro finalità operativa.

\* \* \*

---

<sup>20</sup> È stato opportunamente osservato, infatti, che «saranno [...] i canonisti a parlare per primi di *persona universitatis* di *persona collegii* e ad affermare che *universitas est persona*, che *universitas est quoddam individuum*. E saranno i canonisti a formulare la teoria che si sarebbe trattato di *personae fictae*. Ciò in primo luogo ad opera di Sinibaldo dei Fieschi [...] questi affermò che il *collegium in causa universitatis fingatur una persona*, non senza avvertire tuttavia che le *universitates* sono *nomina iuris et non personarum*» (R. ORESTANO, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, cit., p. 197).

Ecco dunque il motivo per il quale poco sopra parlammo di una configurazione meramente teleologica della capacità/soggettività giuridica delle cc.dd. persone giuridiche e della dimensione logicamente derivativa e non originaria delle stesse. I cc.dd. enti morali, infatti, non sono latori di “una” soggettività loro comune e dipendente da un’ontologica identità di natura, come è per la capacità giuridica delle persone umane, ma essi sono espressivi di tante forme di soggettività giuridica *suorum generum*, la struttura delle quali è piuttosto teleologica che ontologica in quanto essa è determinata dal loro precipuo fine economico-sociale, dalla loro specifica funzione operativa, dal modo, finalmente, della loro costituzione e formazione.

Ricordando, allora, che stiamo trattando di *personae fictae* e non di enti reali, cioè di una «creazione immaginifica del diritto»<sup>21</sup>, come scrisse per esempio Guido Alpa, si potrebbe sostenere che la loro stessa essenza è determinata proprio dal loro intrinseco fine operativo, imperocché gli enti morali vengono plasmati dalla legge nelle forme giuridico-economiche più idonee al perseguimento degli obiettivi che ne sono causa efficiente.

Dunque – per chiarire ulteriormente la questione – vi è un’ anteriorità logica del fine operativo assegnato alla persona giuridica, rispetto alla stessa costituzione dell’ente morale eretto per lo scopo del suo perseguimento, tant’è che l’ente morale in parola è costituito e opera in funzione del suo fine, non ha esso un fine che consegue alla sua natura. Anche se – questo va pur osservato – una volta eretto, l’ente morale, in quanto tale, assume una forma e una struttura giuridiche, quindi anche un fine operativo, i quali non possono mutare *ad libitum* e i quali dipendono e derivano dal suo atto costitutivo. La vincolatività od obbligatorietà di questi, però, – ecco il punto – è legata alla natura dell’atto che ne sta all’origine, non all’essere in sé del “soggetto”.

In altri termini, allora, nel campo delle cc.dd. persone giuridiche non è il soggetto (ente morale) che rileva in sé, in quanto *subiectus iuris*: in quanto entità latrice di un valore intrinseco, la quale, colla sua essenza, determina il proprio scopo naturale e la propria dignità, cosa che è esclusiva delle persone (umane). È il fine preventivato, l’obiettivo operativo, invece, a determinare e a informare una data figura di persona giuridica diversa da un’altra, e a definirne la *ratio essendi* e

---

<sup>21</sup> G. ALPA, *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*, cit., p. 141.



con questa, ovviamente, anche la sua “dignità” all’interno dell’Ordinamento. Per esempio, è il fine che discerne l’associazione sportiva dall’associazione per delinquere e con questo la legalità (e legittimità) della prima, la sua disciplina, il suo “modo” di essere nell’Ordinamento e l’illegalità (e illegittimità) della seconda.

La derivatività giuridico-positiva e la diversità strutturale della c.d. capacità giuridica delle persone giuridiche, infine, sono non solo inevitabili, ma anche coerentemente essenziali con riguardo alla natura (operativa) delle stesse. Un tanto è del tutto evidente, proprio in ragione del fatto che la citata soggettività-personalità-capacità giuridica dei cc.dd. enti morali è determinata dalla struttura funzionale che li configura e li determina nell’ambito di un contesto regolato, anche discrezionalmente, dal Legislatore<sup>22</sup>.

La controprova – per così dire – di un tanto può essere ricavata in negativo e, cioè, essa può essere dedotta dal fatto che né il Codice civile né un altro testo di Legge definiscono in forma unitaria una fattispecie di capacità giuridica generale e astratta per gli enti morali, come è per le persone fisiche in virtù del citato art. 1 c.c.

Lo stesso concetto di capacità giuridica (*stricto sensu*), infatti, è troppo vasto, troppo completo, per potere definire quella pluralità di *statūs iuris* che appalesa il “ventaglio” delle forme giuridiche nelle quali possono plasmarsi gli enti morali al fine di acquisire la titolarità alle (mere) relazioni giuridico-economiche loro funzionali.

\* \* \*

Veduto, allora, che le persone giuridiche non “hanno” la capacità giuridica della quale parla il Codice civile, l’unico *ens* cui possa imputarsi la titolarità della capacità giuridica propriamente definita nella sua globalità e perfezione (apparenti?) *sub* art. 1 c.c., è e resta la persona umana<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Lo stesso Riccardo Orestano, per esempio, precisa, che «ormai è chiaro che nell’attuazione di una costituzione che ponga a suo centro il soggetto di diritto, assunto nella sua concretezza di uomo, individualmente considerato, le situazioni non riducibili all’uomo possono entrare a far parte del sistema solo mediante l’artificio di una finzione» (R. ORESTANO, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, cit., p. 186).

<sup>23</sup> Si badi che abbiamo considerato con qualche breve cenno il problema degli enti morali, non per altra ragione, se non perché essi rappresentano, assieme alle persone fisiche, le uniche “entità” cui il diritto imputa, sia pure in modi del tutto differenti e per ra-