



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE

PEER REVIEWED JOURNAL

ISSN: 2036-2528

EUGENIO CILIBERTI

Il volere nelle fragilità
Cronaca del convegno (9 aprile 2024, Salerno)

Numero XVII – Anno 2024

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. Trisciungoglio (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

Il volere nelle fragilità Cronaca del convegno (9 aprile 2024, Salerno)

Nella giornata di martedì 9 aprile 2024 si è tenuto presso l’Aula “Mario Parrilli” del Palazzo di Giustizia di Salerno il Convegno dedicato a “*Il volere nelle fragilità*”, incontro di studi organizzato nell’ambito del PRIN 2022 “*Il volere normativo – The Regulatory Will*”.

L’iniziativa ha preso avvio alle ore 9.00 con i saluti istituzionali, ai quali è seguita alle ore 9.15 la prima sessione dei lavori, presieduta ed introdotta da Laura Solidoro (Università degli Studi di Salerno), la quale ha illustrato analiticamente le motivazioni alla base della scelta dell’unità salernitana, nell’ambito della ricerca finanziata con i fondi PRIN sul tema del volere normativo, di concentrare la sua attenzione sul volere nelle fragilità. Tra queste, particolare rilevanza ha assunto il recente ritorno ad una prospettiva volontaristica nel campo del diritto privato e, più nello specifico, ad una tendenza volta ad individuare nella volontà dei contraenti la regola assoluta del rapporto contrattuale. In questa prospettiva, è evidente che l’attenzione finisse per concentrarsi sui vizi della volontà, anche perché le nuove dinamiche contrattuali hanno palesato un’urgenza in tal senso. Al riguardo, il tradizionale novero dei vizi della volontà appare oggi insufficiente rispetto all’esigenza di riconoscere rilevanza giuridica anche ad altre situazioni che, del pari, incidono sulla formazione della volontà, condizionandola o limitando l’autodeterminazione del soggetto: si tratta di situazioni di vulnerabilità, di stati di dipendenza, economica o anche soltanto

psicologica, di grave inferiorità rispetto alle conoscenze, al potere e all'influenza della controparte; situazioni che alcuni giuristi, come noto, definiscono 'nuovi vizi' del volere. Specifica attenzione è stata dedicata anche alle fragilità di cui si fa riferimento nel titolo dell'incontro di studi e, tra queste, alla vulnerabilità, concetto giuridico elastico ed indeterminato, formatosi nell'ambito di altre scienze, quali la filosofia e la sociologia, ma che, negli ultimi anni, ha fatto ingresso nel mondo del diritto grazie all'intervento degli organismi internazionali, facendo leva sul principio dell'inviolabilità della vita umana e sul diritto all'autodeterminazione del singolo.

La prima relazione, dal titolo "*Vulnerabilità e pratica dei diritti?*", è stata quella di Valeria Giordano (Università degli Studi di Salerno), la quale si è concentrata sul paradigma della vulnerabilità, che è sempre stato al centro della riflessione teorica ed oggi, in maniera crescente, è essenziale nella pratica dei diritti. È stato messo in luce, infatti, come l'uso sempre più diffuso dei termini 'vulnerabilità' e 'gruppi vulnerabili', tanto nelle politiche dell'Unione Europea tanto nella giurisprudenza della CEDU, mostra come sia diventato un criterio argomentativo fondamentale ai fini della ricomposizione di una molteplicità di figure soggettive particolarmente eterogenee che, in realtà, richiedono una protezione aperta alle specificità di volta in volta emergenti. Dette specificità richiedono risposte giuridiche che si intersecano all'interno di confini precari della legalità internazionale. Simili risposte spesso si situano in quei rapporti complessi e spinosi che strutturano il c.d. decision making giuridico e assegnano alla qualifica di soggetti/gruppi vulnerabili la predisposizione di tutele specifiche multilivello tra tecniche privatistiche e strumenti pubblicistici, nell'applicazione di una categoria priva di una connotazione omogenea, che ne restituisca il senso di un'applicazione contestuale. Da questa lettura, è emerso come la nozione di vulnerabilità svolga un compito euristico legato

al ragionamento giustificativo, inteso come insieme di ragioni addotte a sostegno della conclusione raggiunta dall'interprete, e il suo uso presuppone un modello di decisione situata, che presta attenzione alle circostanze. Sguardo situato che pone sulla scena il ruolo della giurisprudenza, sempre più proteso in chiave inventiva, nel senso che configura un'attività di intuizione, percezione e comprensione legata sul piano assiologico, capace di mostrare il nesso genetico tra diritto e società.

A questa comunicazione è seguita quella di Giovanbattista Greco (Università degli Studi di Salerno), dedicata a "*La circonvenzione di incapace: dalla 'Lex Laetoria' allo 'stato di dipendenza'*", nella quale è stato osservato come il processo di formazione della volontà può fisiologicamente prevedere la collaborazione dei terzi, i quali mettono a disposizione le proprie capacità previsionali e le proprie competenze per sopperire ad eventuali minorazioni di cui l'individuo è affetto o colmare situazioni di svantaggio, come quelle legate ad asimmetrie informative. Diverso è il caso delle interferenze aventi il fine ultimo di alterare i gusti e le convenienze individuali, conducendo a determinazioni che l'interessato non avrebbe assunto in tutto o in parte. Proprio questo appare il versante più delicato con cui deve misurarsi la tutela della libertà morale della persona, con punte di eccesso quando le fattispecie considerate non abbiano per protagonista chi risulti radicalmente incapace di concepire un pensiero proprio, ma propongano situazioni di disagio estemporaneo non collegate ad una menomazione psicofisica. Secondo il Relatore, ad una più compiuta comprensione del fenomeno può ragionevolmente pervenirsi solo prendendo atto che le soluzioni segnalate dal contesto normativo e giurisprudenziale esistente hanno spesso ben poco di nuovo e, comunque, costituiscono solo uno degli approcci possibili alle situazioni proposte dalla quotidianità. Una visione più strutturata del problema, di fatto, può riscontrarsi già

nell'esperienza giuridica romana, nel cui contesto la percezione che il trascorrere del tempo contribuisse allo sviluppo psicofisico dell'essere umano e gli consentisse l'accumulo di sempre maggiori esperienze ha indotto a conferire a una specifica fase dell'esistenza un ruolo centrale nel riconoscimento della capacità di agire.

La successiva relazione, intitolata “*Vulnerabilità e minore età: l'adulescens luxuriosus*”, è stata quella di Adelaide Caravaglios (Università degli Studi del Sannio), la quale ha evidenziato come, oltre alla *Lex Laetoria de circumscriptione adulescentium* del 191 a.C., oggetto della relazione immediatamente precedente, vi sia un'ulteriore testimonianza del fatto che i minori di 25 anni ricevevano una forma di tutela ed essa è rappresentata da un testo riportato in Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.1.1., in cui Ulpiano riporta una prescrizione edittale, la quale si limitava ad affermare che quanto si sarebbe detto essere stato fatto con un minore di 25 anni sarebbe stato esaminato dal pretore secondo quella che sarebbe stata la situazione. La formulazione particolarmente generica sembra implicare, secondo Adelaide Caravaglios, che il pretore rinviasse alle fattispecie concrete e ai singoli casi piuttosto che invalidando qualsiasi atto compiuto dal minore di 25 anni. Molteplici sarebbero state le ipotesi che potevano rientrare nel tenore di una simile prescrizione edittale e, tra queste, ve n'è una in particolare, sulla quale la Relatrice ha concentrato la propria attenzione: si tratta del passo riportato in Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.12.11, variamente interpretato dalla dottrina, nel quale lo stesso Ulpiano dice che se un adolescente lussurioso avesse dato mandato ad un soggetto per concedere fideiussione ad una meretrice e questi avesse coscientemente accettato detto mandato, costui non avrebbe potuto esperire l'*actio mandati*, perché in questa situazione è come se si fosse prestato del denaro a qualcuno che avrebbe voluto sperperarlo. Allo stesso modo, se fosse stato direttamente conferito mandato di prestare denaro ad una meretrice, non vi

sarebbe stata obbligazione di mandato se questo fosse stato conferito contro la buona fede.

Successivamente, ha preso la parola Fabiana Tuccillo (Università degli Studi di Napoli “Federico II”), la quale ha presentato una comunicazione dal titolo “*Violenza e realtà edittale in Cicerone: spunti in tema di ‘formula Octaviana’*”. La relazione ha preso le mosse da uno stralcio tratto dalle orazioni *In Verrem* di Cicerone, che costituisce l’unica testimonianza in cui viene esplicitamente richiamata la c.d. *formula Octaviana*, antecedente storico dell’*actio quod metus causa*. La Relatrice si è soffermata, in particolare, sull’espressione *quod per vim aut metum abstulisset* adoperata nel testo ciceroniano, considerata dalla storiografia maggioritaria come una parafrasi della clausola edittale con cui si prometteva la *formula Octaviana*. Fabiana Tuccillo ha osservato come in un periodo di guerre intestine, in cui l’ordine sociale era profondamente turbato e di cui approfittavano coloro che pescavano nel torbido, dunque in un clima di illegalità, del quale Cicerone era testimone oculare, la *vis* come attività violenta, in senso morale e fisico, effettuata da un terzo a danno di un soggetto, costituiva un male che andava in qualche modo arginato. La *formula*, pertanto, sarebbe stata introdotta per tutelare le vittime di *vis et metus*, cioè le vittime di coercizione della volontà. Quanto al significato della formula *vim aut metum auferre*, Fabiana Tuccillo ha rilevato come questa si riferisca all’autore della violenza e potrebbe indicare sia l’azione del portar via con violenza fisica e, quindi, dell’impadronirsi di un bene altrui strappandolo dalle mani della vittima, sia una violenza morale, cioè l’espiazione di un bene altrui mediante intimidazioni, costringendo il soggetto passivo ad una pura sopportazione del danno. Nel testo di Cicerone, *vim* e *metum* sono uniti dalla disgiuntiva *aut*, con ciò potendosi indicare due modi di coercizione alternativi, ma con uguale effetto processuale.

A questa relazione è seguita quella di Federico Procchi (Università degli Studi di Pisa), dedicata a “*Il fragile volere delle vittime di ‘repetundae’, tra norma e persuasione*”, la cui prospettiva è stata quella di una curvatura particolare dell’autonomia privata, che va ad intersecare le dazioni di denaro o altra utilità da persone la cui volontà negoziale sia variamente compressa. Secondo Federico Procchi, la poliedricità dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione aventi ad oggetto una dazione patrimoniale, per un verso, dipende strettamente dalla connotazione della più o meno fragile volontà della vittima che si determina alla suddetta dazione e, per altro verso, riconduce l’accertamento dell’induzione su un canone esattamente opposto ai capisaldi del diritto penale, dal momento che, come noto, il principio di tipicità impone all’interprete di stimare la condotta in base ad una prognosi postuma, cioè in astratto e a priori, mentre l’induzione viene stimata in concreto e a posteriori. In questo contesto, il Relatore ha affrontato le origini storiche del delitto di concussione, che affonda le proprie radici nelle *repetundae*, la cui prima canonizzazione *sub specie criminis* risale alle *tabulae Bembinae* del 123 a.C., nelle quali si scelse di segnare la tipicità della concussione affidando la descrizione delle modalità estrinseche descrittive della strumentalizzazzione dell’*imperium* e della *potestas* del magistrato ai cinque participi passati, che lasciano fuori esclusivamente la libera determinazione negoziale. Federico Procchi ha dunque richiamato l’interpretazione di Carlo Venturini, in base alla quale deve trattarsi di un danno patrimoniale, superiore a un certo ammontare di sesterzi, cagionato per effetto di espropriazione diretta (*ablatum*), di appropriazione (*captum*), di coercizione (*coactum*), di induzione (*conciliatum*) oppure di distrazione (*aversum*).

La prima sessione si è conclusa con la comunicazione di Alessio Guasco (Università Telematica Giustino Fortunato), intitolata “*Violenze e libertà negoziale nel mondo romano: testimonianze dalle*

province”, con cui si è inteso proporre una prima riflessione sulle testimonianze emergenti dalle fonti giuridiche, epigrafiche e papirologiche, provenienti dal mondo provinciale e relative a violenze quali patologie della volontà negoziale e, dunque, del suo libero formarsi, per il momento acquisendo semplicemente le notizie che questi testi offrono prima di coniugarle ad altre nella prospettiva di una rilettura delle dinamiche tra voluto e non voluto, onde evitare di giungere troppo presto a conclusioni che potrebbero risultare affette da concettualizzazioni anche in ordine alle possibili influenze tra realtà urbana e provinciale. Sotto il profilo territoriale, Alessio Guasco ha limitato il campo di indagine a due aree: la provincia d’Asia e l’Egitto. Per quanto concerne l’ambito temporale, invece, il Relatore si è soffermato sul periodo intercorrente tra il II secolo a.C. e il II secolo d.C., durante il quale è possibile scorgere soluzioni normative ovvero ricorsi alla giurisdizione rivolti alla tutela delle fragilità del volere negoziale contro soprusi ed estorsioni. Alessio Guasco ha dunque osservato come la ricerca sia ancora lontana dall’essere conclusa e si è augurato che l’analisi di altre fonti provenienti dal mondo provinciale possa trasmettere ulteriori dati sul trattamento dei casi di violenza incidenti sulla volontà negoziale, da porre in relazione con i risultati delle ricerche in merito agli interventi in ambito giurisdizionale, alle elaborazioni scientifiche della giurisprudenza romana e alle conseguenti proiezioni successive. Secondo il Relatore, infatti, questa potrebbe essere una delle possibili prospettive per riflettere su percorsi di destrutturazione dei dogmi pandettistici, ripartendo da una rivisitazione delle diverse gradazioni del non voluto nel mondo antico.

I lavori sono ripresi alle ore 15.00 con la seconda sessione, presieduta da Cosimo Cascione (Università degli Studi di Napoli “Federico II”) e apertasi con la relazione di Maria Vittoria Bramante (Università Telematica Pegaso), dal titolo “*La sproporzione*”

delle prestazioni contrattuali tra inesperienza, stato di pericolo e stato di bisogno: precedenti romani del rimedio della rescissione”, nel corso della quale sono state discusse alcune riflessioni maturate in rapporto al tema delle limitazioni alla libera formazione della volontà negoziale legate a ragioni plurime, tra le quali vanno annoverati lo stato di pericolo e lo stato di bisogno. Trattasi di due situazioni che ingenerano nel contraente una formazione della volontà negoziale non altrimenti libera e si traducono nella conclusione di un regolamento di interessi ritenuto, nelle varie epoche e nei diversi ordinamenti, più o meno meritevole di tutela da parte del legislatore e suscettibile di essere posto nel nulla. Proprio per la prospettiva diacronica e per il taglio della ricerca, la Relatrice si è soffermata sulla disciplina attuale dell’ordinamento giuridico italiano rispetto al tema della rescissione del contratto, riportata negli artt. 1447 ss. cod. civ., che ha un noto precedente romano nel Codice di Giustiniano (C. 4.44), sebbene esso sia riferito in via precipua alla vendita e sebbene questa affermazione di un precedente nel diritto romano possa essere meritevole di un ripensamento. Nel complesso regolamentare codicistico, rispetto allo stato di bisogno, Maria Vittoria Bramante ha osservato come il legislatore abbia ripreso il criterio del *modus pretiorum* e della *pars dimidia*, che è il discrimine individuato nelle fonti giuridiche antiche e, segnatamente, a partire dall’epoca di Diocleziano, come la misura a partire dalla quale il corrispettivo in caso di compravendita rende il contratto pienamente valido, perché l’interesse dell’esperienza giuridica romana, come emerge dalla giurisprudenza, è quello della stabilità negoziale e della libera determinazione della volontà negoziale.

A questa relazione è seguita quella di Jakob Fortunat Stagl (Universidad Autònoma de Barcelona), intitolata “*“Eligat asinum, qui suam saliat equilam”: libertà e coercizione nel matrimonio*”, nell’ambito della quale è stata innanzitutto criticata la tesi di Fritz Schulz sul

matrimonio romano classico secondo cui quest'ultimo fosse un'istituzione liberale, trascurando del tutto – a parere del Relatore – la *Lex Iulia et Papia*, che, secondo l'opinione di Mommsen, produsse la intromissione più severa nella vita privata di tutti i tempi, introducendo l'obbligo di sposarsi, procreare e di fedeltà matrimoniale. È stato dunque evidenziato come il matrimonio classico non fosse affatto liberale, bensì uno strumento del controllo totale dei cittadini. Prendendo le mosse da un noto testo di Varrone, Jakob Fortunat Stagl si è soffermato sul tema del *consensus* del *filius familias* e della *filia familias* alle nozze, che porta con sé l'interrogativo in merito alla necessità del consenso anche del *pater familias*, ritenuto necessario sia per il fidanzamento che per il matrimonio. Sulla base delle risultanze delle fonti, è possibile prendere atto come lo stato ideale della tendenza arcaizzante del diritto romano, identificabile con il metodo interpolazionistico, non esisteva più già a partire dalla tarda Repubblica. Secondo il Relatore, siamo probabilmente vittime di una teoria della decadenza della *familia* non in armonia con i fatti: a tal proposito, è stato richiamato il pensiero di Martin Wolff, in virtù del quale la storia giuridica della famiglia è la storia della sua decomposizione. Jakob Fortunat Stagl ha dunque osservato come, se tale decomposizione fosse iniziata nell'ultimo secolo prima della nascita di Cristo, la suddetta affermazione sarebbe priva di senso, dovendosi, pertanto, pensare di sostituirla con un'altra, in virtù della quale la storia giuridica della famiglia è la storia delle nostre proiezioni.

Successivamente, ha preso la parola Paola Pasquino (Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale), la quale ha presentato una comunicazione dal titolo “*La volontà negata: minorazioni fisiche tra limiti e protezione*”. Nel corso della relazione, sono state presentate alcune riflessioni in merito alla regolamentazione, nelle fonti giuridiche antiche, della sordità e del

mutismo, con precipuo riferimento all'attività negoziale posta in essere dagli uni e dagli altri. Ai fini dell'esposizione, la Relatrice ha distinto due momenti sul piano storico: il primo è quello originario dello *ius Quiritium*, in cui ad un certo comportamento, tenuto secondo un rituale ben preciso, non poteva che conseguire un determinato effetto. Al riguardo, Paola Pasquino ha segnalato che, pur nell'impossibilità storica oltre che dogmatica di distinguere gli elementi essenziali del negozio giuridico, si adopera spesso l'espressione 'forma assorbente', che sta ad indicare come il ricorso ai *certa verba* e alle modalità gestuali fosse necessario e sufficiente affinché si producessero determinate modifiche nella sfera giuridica di chi proferiva quelle parole o compiva quei gesti, indipendentemente dall'esistenza di una volontà in tal senso. Il secondo momento è quello in cui si afferma, grazie alla straordinaria spinta dei traffici commerciali, con conseguente creazione di un apposito armamentario giuridico, la c.d. 'forma libera' degli atti negoziali, per cui alle parti era riconosciuta la libertà di manifestare il loro volere come ritenevano più opportuno. Rispetto a tale momento, occorre stabilire se è riscontrabile quel pregiudizio secondo cui i minorati fisici sono mentalmente infermi: infatti, finché la forma era assorbente, l'ostacolo era da ritenersi assoluto, ma nel momento in cui la forma e la volontà si biforcano, è necessario capire se quelle minorazioni fisiche non erano valutate negativamente rispetto all'elemento psichico.

A questa relazione è seguita quella di Ileana Del Bagno (Università degli Studi di Salerno), intitolata "*Da incapaci a disabili?*", che ha preso le mosse dal dato per il quale, in tema di capacità di agire, il Codice civile del 1865 aveva capovolto l'indirizzo egualitario promosso dal Code Civil, per stabilire, all'art. 340, che il sordomuto e il cieco dalla nascita, giunti alla maggiore età di 21 anni, si reputavano inabilitati di diritto, salvo che il Tribunale li dichiarasse abili a provvedere alle proprie cose. Con tale

disposizione, secondo la Relatrice, si tratteggiava un catalogo di tipi umani distinti e graduati sulla base di carenze organiche reputate riduttive dell'integrità cerebrale e, per questo, portatori di diversa capacità e di una condizione giuridica separata. Il metodo classificatorio mutuato dal positivismo scientifico differenziava, in particolare, i minorati portatori di un deficit corporale acquisito dalla nascita da quelli che lo fossero diventati per vicende accidentali sopravvenute. Con il Codice civile del 1942, sono stati recepiti i traguardi raggiunti nei decenni a cavallo tra il XIX e il XX secolo, presumendosi la generale capacità di agire: il dettato dell'art. 415, comma 1, infatti, prevedeva che possono essere inabilitati il sordo o il cieco dalla nascita o dalla prima infanzia qualora non abbiano ricevuto una educazione sufficiente. Quanto alla disciplina del testamento pubblico del muto, sordo o sordomuto, l'art. 603, comma 4, rinviava alle prescrizioni sull'interprete fissate dalla Legge Notarile del 1913. In questo contesto, la proficua interazione tra ambienti giuridici e contesti extralegali preparava l'avvento del modello sociale di approccio alla disabilità, culminato nella distinzione, operata dall'OMS nel 1980, tra menomazione in sé e disabilità, in una prospettiva multilivello.

La successiva comunicazione, dal titolo "*La volontà testamentaria del soggetto vulnerabile*", è stata quella di Andrea Garofalo (Università degli Studi di Trento), il quale, partendo da alcuni esempi concreti, ha innanzitutto analizzato la disciplina legislativa dei vizi del volere nel testamento e, in particolare, l'art. 624 cod. civ., la cui formulazione ha indotto la dottrina a domandarsi se ad errore, violenza e dolo vadano applicate analogicamente le norme sui vizi del volere del contratto. In questo senso, secondo Andrea Garofalo, l'interprete del Libro II del Codice civile deve tendenzialmente aggrapparsi alle norme in tema di contratto, ma non può semplicemente limitarsi ad una recezione passiva, perché il contratto è imperniato sul principio di affidamento, che non

c'entra nulla con il testamento: infatti, non è la tutela dell'altra parte a venire in rilievo, bensì quella del *de cuius*. Pertanto, la soglia deve essere fissata in modo da selezionare casi in cui la volontà era assente o viziata da quelli in cui essa era invece presente, per quanto perturbata da condizionamenti. Il Relatore ha dunque osservato come questo discorso, con riferimento ai testamenti dei soggetti vulnerabili, anziani o che versano in situazioni patologiche, sia totalmente inutile per molteplici ragioni: tra queste, particolare importanza assume quella per cui nel repertorio giurisprudenziale non si trovano casi di annullamento per dolo, errore o violenza del testamento redatto dai suddetti soggetti, perché è difficile che si producano i fatti alla base di tali vizi, oltre al fatto che i superstiti riescano a provarli. L'attenzione della giurisprudenza si sposta così sui fenomeni - non direttamente riconducibili alle figure del dolo e dell'errore - di 'captazione' o 'suggestione', in cui rileva la condotta di quei soggetti che captano la volontà: una simile condotta tende a manifestarsi come durevole nel corso del tempo, si riproduce di giorno in giorno ed è spesso condita da menzogne o blandizie.

La seconda sessione si è conclusa con la relazione di Carlo De Cristofaro (Università degli Studi di Salerno), intitolata "*La 'volontà affievolita': per un inquadramento diacronico*", con cui è stato, in primo luogo, richiamato il pensiero dello psichiatra William Turner, il quale già nel 1884 descriveva l'affievolimento della volontà in termini di assenza di spontaneità, di docilità verso le suggestioni, che esalta l'attitudine di un soggetto a trasformare l'idea ricevuta in atto. Se da questa dimensione statica e descrittiva si cerca di passare ad una dimensione dinamica, nella quale la volontà esercita un'attività giuridicamente rilevante, bisogna necessariamente osservare la situazione in cui la volontà si manifesta come consenso, articolato secondo due binomi: il consenso assenso, consistente non in una mera adesione, bensì in una volontà rivolta a quella di un altro; il consenso accordo, che si manifesta in volontà

separate già formate, le quali, però, si incontrano e ricadono su uno stesso oggetto. Secondo Carlo De Cristofaro, nel momento in cui ci si trova in una situazione di affievolimento della volontà, bisogna affrontare la dimensione patologica di questa dinamica, tenendo però presente che si tratta di una dimensione descrivibile nella sua unicità. Infatti, la dottrina (e, in particolar modo, Bernhard Windscheid) ha trattato della volontà affievolita rispetto ai negozi condizionati, chiedendosi se la volontà di porre in essere un negozio al quale si appone una condizione sia un'unica volontà che si autocomprime oppure l'incontro di due volontà, una piena ed un'altra volta a comprimere la prima. Il Relatore ha dunque osservato che la teoria prevalente è quella, appunto, di una volontà affievolita unitaria, dimensione rispetto alla quale il giurista moderno riesce molto facilmente a muoversi perché utilizza categorie dogmatiche elaborate dalla Pandettistica.

Le conclusioni del convegno sono state affidate a Cosimo Cascione (Università degli Studi di Napoli "Federico II"), il quale ha inizialmente concentrato le proprie riflessioni sul ruolo del giudice all'interno del contratto e sulla libertà come un concetto che ha a che fare con il volere. Preso atto che tutti viviamo in un mondo fatto di condizionamenti, Cosimo Cascione, citando Sigmund Schlossmann, ha messo in luce come già la Pandettistica affrontò il problema della volontà e, dunque, quelli connessi del consenso, del contratto e dell'accordo, concetti che implicano una limitazione di visuale, trattandosi di concetti situati, che vivono nella vita. È stato altresì richiamato il pensiero di Max Weber, il quale, riflettendo sul consenso contrattuale, rilevò come la nostra libertà sia limitatissima in certe occasioni: questa affermazione aiuta a riflettere sull'importanza della dogmatica nel pensare per concetti generali ed astratti, cosa alla quale i giuristi sono stati educati per migliaia di anni. In questa generazione, però, si sta assistendo ad una mutazione antropologica, nel senso che oggi, quando si pensa

al diritto, si pensa alla concretezza. Quanto al concetto di fragilità, è stato evidenziato come oggi siamo tutti fragili, perché ogni fragilità può essere pescata da ciascuno di noi. In questo senso, lo spaccettamento delle fragilità conduce alla fragilità ed induce necessariamente a rivalutare la prospettiva generale ed astratta, perché se siamo tutti fragili bisogna nuovamente riassumere le fragilità e ricondurle ad una ‘normalità’ che vale per tutti: ciò significherebbe rendere attuale la Costituzione, il cui art. 3 afferma l’eguaglianza e la dignità delle persone, fragili e no. Ciò implicherebbe, secondo Cosimo Cascione, un rinnovato movimento nel senso di essere capaci di utilizzare la generalità e l’astrattezza.

A queste conclusioni sono seguite quelle del *Principal Investigator* del PRIN 2022 “*Il volere normativo – The Regulatory Will*”, Tommaso Dalla Massara (Università degli Studi Roma Tre), il quale ha innanzitutto affermato di aver registrato un grandissimo sforzo di mettere in campo una comparazione diacronica evocata, in qualche misura, da due parole: ‘volere’, termine che apre degli scenari incredibili e mai riconducibili ad un confine chiaramente indicato; ‘fragilità’, concetto che spariglia le categorie e costringe a ragionare su di esse. Tommaso Dalla Massara ha dunque tentato di passare in rassegna le relazioni presentate nel corso della giornata, a partire dall’introduzione di Laura Solidoro, con la quale le categorie sono state decostruite al fine di giungere ad una valutazione ‘situazionale’, passando poi per gli interventi di: Valeria Giordano, che ha toccato il passaggio del volere alle soggettività; Giovanbattista Greco, il quale ha affrontato l’aspetto della *lex Laetoria* come *lex minus quam perfecta*; Adelaide Caravaglios, che ha evidenziato i limiti di una valutazione del negozio sul piano della contrarietà ai *boni mores*; Fabiana Tuccillo, la quale ha messo in luce la ricchezza del processo formulare romano, capace di tenere insieme la reintegrazione con la condanna pecuniaria al multiplo;

Federico Procchi, che ha sottolineato il passaggio dogmatico del criterio della prognosi postuma ai confini del tentativo; Alessio Guasco, il quale ha analizzato il problema generale del nesso tra la violenza e i provvedimenti giurisdizionali; Maria Vittoria Bramante, che ha trattato il tema della rescissione definendola, sulla scia di Vittorio Scialoja, come un possibile quarto vizio della volontà, con una connotazione assolutamente diversa rispetto agli altri tre; Jakob Fortunat Stagl, il quale ha affrontato il tema della *voluntas* come esercizio della *libertas* nel matrimonio, avente anche un respiro antropologico, sociologico e culturale; Paola Pasquino, che ha analizzato la biforcazione tra forma e volontà; Ileana Del Bagno, la quale, esaminando l'approccio sociale alla disabilità, ha fornito un modello concreto di reinvenzione delle categorie tecniche del diritto; Andrea Garofalo, che ha offerto una reminiscenza dell'idea della causa come meritevolezza dell'operazione, portata a livello di teoria generale; infine, Carlo De Cristofaro, il quale ha colto un'espressione dell'affievolimento del volere – già individuata dalla Pandettistica e, in particolare, da Hermann Fitting - nella condizione negoziale.

Tommaso Dalla Massara ha dunque auspicato che tutti questi spunti, da lui ritenuti di particolare interesse, possano essere ulteriormente sviluppati in contributi scritti che compongano quello che, per la verità, è già un cantiere aperto, costituito da numerose occasioni di incontro e confronto alle quali i partecipanti, in chiusura del Convegno, sono stati invitati a prendere parte, nella certezza che questa sinergia tra atenei possa essere il migliore strumento di diffusione dei risultati raggiunti da ciascuno nell'ambito dei propri ambiti specifici di ricerca.

EUGENIO CILIBERTI
eciliberti@unisa.it