

La tutela della persona umana in Brasile

Maria Celina BODIN DE MORAES*

*Considerate la vostra semenza: fatti non foste
a viver come bruti, ma per seguir virtù e conoscenza.*
– DANTE

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. I danni alla persona nell'ordinamento brasiliano tra Costituzione e codice civile; 3. Il concetto filosofico e l'espressione giuridica del principio della dignità umana; 4. Il danno alla persona come violazione della dignità umana; 5. Lesioni all'uguaglianza e all'integrità psicofisica; 6. Segue. Lesioni alla libertà e alla solidarietà; 7. Conclusione.

RIASSUNTO: Si deve tener conto della misura di vulnerabilità della persona umana. Le polemiche riguardanti i diritti umani, i diritti fondamentali o della personalità, si riferiscono ormai alla necessità di attribuire normatività ai diritti delle persone favorendo la realizzazione del principio della dignità umana e al miglior modo di tutelarla, ovunque sorga tale necessità. Tutte le difficoltà incontrate nella ricerca della misura idonea di tutela della persona umana per mezzo dello strumento della responsabilità civile, servono soltanto a confermare l'affermarsi del principale obiettivo del diritto civile attuale: il pieno sviluppo del progetto di vita di ogni persona umana nella più ampia misura possibile.

PAROLE-CHIAVE: 1. Dignità umana. 2. Danni alla persona umana. 3. Responsabilità civile.

TÍTULO: A tutela da pessoa humana no Brasil

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Os danos à pessoa no ordenamento brasileiro entre a Constituição e o Código Civil; 3. O conceito filosófico e a expressão jurídica do princípio da dignidade humana; 4. O dano à pessoa como violação da dignidade humana; 5. Lesões à igualdade e à integridade psicofísica; 6. Segue. Lesões à liberdade e à solidariedade; 7. Conclusão.

RESUMO: Deve-se ter em conta sempre a medida da vulnerabilidade da pessoa humana. As polêmicas relativas aos direitos humanos, aos direitos fundamentais ou da personalidade referem-se à necessidade de atribuir normatividade aos direitos da pessoa favorecendo a realização do princípio da dignidade humana e ao melhor modo de tutelá-la, onde quer que surja tal necessidade. As numerosas dificuldades encontradas na busca da medida idônea de tutela da pessoa humana por meio do instrumento da responsabilidade civil servem apenas a confirmar a afirmação do principal objeto do direito civil atual: o pleno desenvolvimento do projeto de vida de cada pessoa humana na mais ampla medida possível.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Dignidade humana. 2. Danos à pessoa humana. 3.

* Professoressa Ordinaria di Diritto civile nell'Università do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e nella Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), Brasile.

Responsabilidade civil.

ENGLISH TITLE: The Protection of the Human Person in Brazil

SUMMARY: 1. Introduction; 2. Damages to the human person in the Brazilian legal system between the Constitution and the Civil Code; 3. The philosophical concept and the juridical expression of the principle of human dignity; 5. Violations to equality and psychic and physical integrity; 6. Follows. Violations to liberty and solidarity. 7. Conclusion.

ABSTRACT: One must always take into account the measure of the vulnerability of the human person. Polemics related to human rights, to fundamental rights or personality rights refer to the necessity of attributing normativity to the rights of the person, favoring the realization of the principle of human dignity and the best way to protect it, wherever that necessity might come to be. The numerous difficulties found in the search of the adequate measure of protection of the human person serve only to confirm the affirmation of the main object of the contemporary private law: the full development of the project of life of each person in the widest possible measure.

KEYWORDS: 1. Human Dignity. 2. Damages to the human person. 3. Civil liability.

1. Introduzione

La tutela della dignità della persona umana ha assunto negli ultimi anni – in Brasile, particolarmente nell’ultimo decennio – il posto della protezione dell’autonomia dell’individuo come postulato dal quale è possibile osservare l’enorme gamma di trasformazioni avvenute non solo all’interno dell’ordine civile ma anche nelle dimensioni dei sistemi giuridici delle società occidentali.

Uno dei fenomeni più rilevanti del nostro tempo, specialmente nell’ambito delle scienze umane e sociali – ma che si può osservare altresì nel campo delle scienze esatte in seguito all’avvento della teoria della relatività e della fisica quantistica – è la c.d. “crisi generalizzata della ragione pratica”.¹ La ragione, quale fonte privilegiata del diritto privato,² infatti, è entrata in crisi, e la sua fine ha coinciso con l’inizio di una nuova era di incertezze ed instabilità. A questo riguardo è stato detto che il sentimento ora dominante sarebbe costituito da un tipo nuovo d’incertezza, non più limitata alla propria sorte, ma che riguarderebbe, in egual misura, “la futura configurazione del mondo, la maniera corretta di viverci e i criteri con i quali giudicare ciò che è giusto e

¹ E. DENNINGER, Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y derecho postmoderno, in *Doxa*, n. 14, 1993, pp. 95-113.

² Com’è noto, Kant intendeva il diritto privato come razionale e permanente, basato esclusivamente su principi designati *a priori*, per mezzo della ragione, mentre le norme del diritto pubblico dipendevano da una volontà, quella del legislatore.

ciò che è sbagliato per quanto concerne il modo di vivere.”³

Diverse circostanze, quasi tutte risultanti dal progresso tecnoscientifico, hanno provocato la disseminazione dell'incertezza, riguardo a parametri prima stabili, e hanno reso necessaria la creazione di altri valori, i quali generano nuove controversie, al punto da configurare un nuovo paradigma, quello della cosiddetta “postmodernità”⁴. Se i rischi legati allo sviluppo dell'industrializzazione primaria, come quelli per la salute e per l'ambiente locale, sono già noti da tempo, la novità dei rischi attuali riguarda la loro qualità e misura, poiché mettono a repentaglio “la vita sulla Terra in tutte le sue forme e modalità di manifestazione”⁵.

Intimamente connesso alla fine della ragione pratica si osserva l'indebolimento, a volte la disintegrazione, dei modelli classici relativi alla formazione delle identità collettive, quali le classi sociali, le credenze religiose, i partiti politici, i sindacati, le istituzioni in generale. Oltre ciò, l'incremento, nelle società postindustriali, dei processi di riduzione dell'occupazione e di flessibilità del lavoro, con la conseguente “solitudine” da essi suscitata, fa sì che i vincoli tradizionali tra le persone – a livello di classe, di stile di vita, in ambito familiare e così via – siano sciolti, e che l'individuo, fragile in quanto tale, si senta affrontando da solo il proprio destino, assumendosene tutte le responsabilità.⁶

Egli non si aspetta più che lo Stato tuteli la sua libertà ma, coerentemente col suo sentimento di insicurezza, che esso lo protegga dai rischi tecnici e sociali, dalle catastrofi ambientali, dal terrorismo, dalla criminalità organizzata, ovvero dal futuro.⁷

Siamo defronte alla tendenza identificata come una sorta di “giuridicizzazione” della

³ Z. BAUMAN, *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*, Zahar, Rio de Janeiro 2003, p. 118 ss. Secondo l'A., dalle macerie del vecchio ordine politico bipolare sembra emergere un nuovo ‘disordine’ mondiale, mentre l'economia invoca e ottiene la *deregulation* universale. Ancora per Z. BAUMAN, *O mal-estar da pós-modernidade*, Zahar, Rio de Janeiro 2007, p. 32 ss., nell'interpretazione postmoderna l'incertezza ormai non è vista come un inconveniente da attenuare con il tempo o, magari, da superare. Il mondo postmoderno si sta preparando a vivere in una condizione d'incertezza che è permanente e irriducibile.

⁴ U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci editore, Roma, 2000. Il nuovo paradigma è anche detto della “alta modernità” (A. Giddens) o della “postmodernità” (J.-F. Lyotard). Sull'argomento v. anche M. Castells, *La nascita della società in rete*, Università Bocconi editore, 2008. Per il concetto di paradigma, v. T. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi, Torino 2009.

⁵ Così U. BECK, *La sociedad de riesgo*, cit., p. 28.

⁶ Z. BAUMAN, *O mal-estar na pós-modernidade*, cit., p. 27 ss. Ancora secondo Z. Bauman, *Comunidade*, cit., p. 129, “siamo chiamati a cercare soluzioni biografiche per contraddizioni sistemiche; cercare la salvezza individuale in mezzo a problemi comuni”.

⁷ E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, Giappichelli, Torino 1998, p. 2. L'A. sostiene, in un passo già celebre, che ci troviamo adesso di fronte a tutt'altri valori, quali la sicurezza, la diversità e la solidarietà, in sostituzione di quelli del tradizionale motto della Rivoluzione francese (libertà, uguaglianza e fraternità).

vita sociale perché i processi in precedenza adottati per la risoluzione del problema della sopravvivenza umana nelle comunità – come la guerra e la politica, da una parte; la carità, l’assistenzialismo e i legami familiari, dall’altra – confluiscono oggi, con intensità sempre maggiore, nel campo giuridico⁸. In questa prospettiva, il Diritto si converte nell’arena privilegiata per il dibattito sulle modalità secondo le quali persona e gruppo sociale devono interagire, equilibrandosi mutuamente.⁹

All’inizio del secolo XX, un’autorevole dottrina affermava che “il diritto di essere uomo contiene il diritto che nessuno m’impedisca di essere uomo, ma non il diritto che qualcuno mi aiuti a conservare la mia umanità”.¹⁰ Il citato cambio di paradigma può essere espresso in contrapposizione a tale visione malinconica, incompatibile con la funzione contemporanea del Diritto. Al contrario, oggi ci si aspetta, o meglio, si esige, che ci aiutiamo mutuamente a preservare la nostra umanità.

In questo scenario di rinnovato umanesimo, non sono più tutelati gli individui (astratti) e i loro beni, bensì le persone (concrete), a cominciare da quelle più vulnerabili: bambini, adolescenti, anziani, disabili fisici e mentali, ma anche i non proprietari, i consumatori, i contrattanti in situazione d’inferiorità, i membri della famiglia, le vittime di incidenti anonimi, ecc.

L’evoluzione dal Diritto moderno, proprio dell’epoca della sicurezza, al Diritto postmoderno¹¹, caratteristico delle società del rischio, potrebbe dunque essere succintamente puntualizzata come quella decorrente dal passaggio da un’etica dell’autonomia e della libertà individuale a un’etica della responsabilità. È all’interno di tale scenario che si deve esplorare sempre più il valore attribuito dagli ordinamenti

⁸ Z. BAUMAN, *O mal-estar da pós-modernidade*, cit., p. 35, secondo il quale “certe reti di sicurezza”, tessute e sostenute individualmente, nella linea di trincea anticamente offerta dai vicini o dalla famiglia, se non si sono del tutto disintegrate, di certo si sono considerevolmente indebolite. Una prospettiva analoga è presente in B. de SOUSA SANTOS, *A crítica da razão indolente*, Cortez, Lisboa 2000, v. I, p. 151 ss.

⁹ F. BELVISI, “Società multiculturale, Costituzione e diritto: verso un nuovo paradigma giudiziale”, testo reperibile nel sito http://www3.cirsfid.unibo.it/murst40.../Belvisi2_new.doc, il quale afferma, citando Karl-Heinz Ladeur, che il compito del diritto nelle società del rischio non è quello di rendere sicure le aspettative normative, ma quello di mantenere l’incertezza, garantendo la possibilità di agire diversamente.

¹⁰ G. SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, Giappichelli, Torino 1939. Sull’argomento, M. GIORGIANNI, “O direito privado e as suas atuais fronteiras”, trad. bras. di M.C. De Cicco, in *Revista dos Tribunais*, n. 747, p. 38.

¹¹ Sulla postmodernità, v. innanzitutto, U. BECK, *La sociedad de riesgo. Hacia una nueva modernidad*, cit., *passim*, il quale ripensa la natura del modello sociale, economico e politico che ha caratterizzato la nostra modernità dal Settecento fino ai nostri giorni e, soprattutto, mostra come questo modello vive profonde trasformazioni sotto l’azione di cinque sfide congiunte: la globalizzazione, l’individualizzazione, la disoccupazione, la sottoccupazione, la rivoluzione dei generi nonché i rischi globali della crisi climatica ed ecologica.

giuridici vigenti al principio della dignità della persona umana¹². È questo, in effetti, il principio capace di attribuire unità assiologica al Diritto interpretato alla luce delle Costituzioni contemporanee.¹³

Vale a dire che il valore della dignità raggiunge tutti i settori dell'ordine giuridico.¹⁴ Questa, peraltro, è la principale difficoltà in cui ci s'imbatta nel cercare di tracciare, dal punto di vista ermeneutico, il profilo e i limiti del principio costituzionale della dignità della persona umana. Visto che tale nozione è ampliata dalle numerosissime connotazioni ad essa implicate, si corre un rischio di generalizzazione, assumendola quale *ratio* di qualsivoglia diritto. Portata all'estremo, questa posizione finisce per attribuire al principio un tale grado di astrazione da renderne impossibile l'applicazione.

Prima di esaminare più a fondo questo principio, è opportuno contestualizzare brevemente il periodo in cui viviamo, con le sue sfide peculiari e le sue problematiche complesse.

2. I danni alla persona nell'ordinamento brasiliano tra Costituzione e codice civile

Il diritto brasiliano è unico in Sudamerica. In questo campo, come in tanti altri, la nostra storia è molto diversa da quella degli altri Paesi latino-americani, i quali, al contrario del Brasile, hanno dovuto lottare per la loro indipendenza.¹⁵ In Brasile, il

¹² A lungo e con frequenza, P. Perlingieri sottolinea, nelle sue opere, la grandezza di questo principio; di recente, diffusamente, P. PERLINGIERI, *Interpretazione e legalità costituzionale: antologia per una didattica progredita*, ESI, Napoli 2012, *passim*. I documenti costituzionali di 143 Paesi, su 193 Paesi membri delle Nazioni Unite, menzionano espressamente la dignità umana. Fra i 12 Paesi dell'America del Sud, solo Argentina e Uruguay non usano questo termine nella loro Costituzione. Dati disponibili nel sito <<http://www.constituteproject.org/#/>>. Sulla Costituzione brasiliana del 1988, S. LANNI, voce Brasile, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione Civile, Quarto aggiornamento, 2010, UTET, Torino 2010, p. 134, afferma che la “nuova Costituzione brasiliana si inserisce nel fitto quadro di carte costituzionali che caratterizza i Paesi dell'America Latina dall'Indipendenza ad oggi. Invero, finora sono state promulgate più di duecento Costituzioni, le quali rispondono ad una logica comune, vale a dire documentare il cambiamento politico-istituzionale. Nei diversi contesti latinoamericani è perlopiù costante il susseguirsi di eventi strutturalmente connessi: le rivoluzioni, le nuove Costituzioni e le codificazioni del diritto”.

¹³ P. PERLINGIERI, *O direito civil na legalidade constitucional*, trad. bras. di M. C. De Cicco, Renovar, Rio de Janeiro 2008, *passim*.

¹⁴ P. FERREIRA DA CUNHA, *O ponto de Arquimedes*, Almedina, Coimbra 2001, p. 212, dopo aver discusso la dignità della persona umana come il “valore dei valori”, adduce che essa sarebbe una “specie di *grundnorm*”.

¹⁵ Nelle colonie spagnole le guerre di indipendenza sono state comandate da due “eroi”, il venezuelano Simon Bolívar (nell'area settentrionale) e l'argentino José Martín (nel meridione), i quali in un'occasione si riunirono, a Guayaquil (nel 1822), con l'intento di formare una sola nazione.

cosiddetto “libertador” era figlio del Re,¹⁶ il quale, nel ritornare in Portogallo, lasciò al primogenito la funzione di occupare il suo posto.¹⁷ Di conseguenza, mentre l’America spagnola già agli inizi del secolo XIX riuscì a trasformarsi in una realtà repubblicana, in Brasile il regime monarchico perdurò fino al 1889.

Sin dal suo emergere, pertanto, lo Stato brasiliano e le sue istituzioni, rispetto ai suoi vicini – i quali condividono tra di loro la medesima lingua e cultura –, ha calcato una via unica, rimanendo molto più a lungo “coloniale”.¹⁸ Com’è stato acutamente osservato: “Per il Brasile, all’interno del continente americano, si può parlare di un *Sonderweg*, di un percorso proprio, come per la Germania nel continente europeo: un cammino diverso per lingua, storia, regime istituzionale e dimensioni geografiche”¹⁹. Se si volesse esaminare “il diritto sudamericano”, ciò avverrebbe essenzialmente rivolgendo l’attenzione alla pluralità di fonti presenti, propria dei Paesi dall’elevato indice di immigrazione, nonché alla tradizione romanistica.

Questo dualismo storico fu specialmente rilevante nell’elaborazione dei rispettivi ordinamenti giuridici e, in particolare, dei codici civili. Nel nostro caso, il primo codice civile risale al secolo XX, essendo stato redatto da Clovis Bevilacqua, un comparatista, ed esso, oltre ad abbracciare il diritto ancora vigente,²⁰ aveva gli occhi puntati sull’Europa. I suoi principali fondamenti, infatti, sono da “rinvenirsi anzitutto nella tradizione

¹⁶ L’invasione delle truppe di Napoleone obbligò il Re del Portogallo, D. Giovanni VI, a fuggire in Brasile. Nel 1808, il Re giunse a Rio de Janeiro, e in quel momento i porti brasiliani si aprirono alle nazioni amiche, ponendo fine allo *status* di colonia del Paese. Nel 1821, Giovanni VI dovette lasciare suo figlio Pietro quale reggente del Brasile, mentre egli faceva ritorno a Lisbona. Pietro, nonostante le pressioni esercitate affinché tornasse in Portogallo, decise di rimanere in Brasile, nel cosiddetto *Dia do Fico* (che letteralmente significa *giorno del “io resto”*), e poté facilmente dichiararne l’indipendenza nel 1822. Alla morte del padre l’Imperatore, Pietro I, tornò in Portogallo per assicurare la successione al trono. Il figlio di Pietro I, Pietro II, a soli quattordici anni fu incoronato nuovo Imperatore del Brasile, nel 1831. La Repubblica, in Brasile, fu instaurata soltanto nel 1889, mentre negli altri Paesi latino-americani il regime già vigeva sin dall’inizio del secolo XIX.

¹⁷ D. Giovanni VI avrebbe detto al figlio lasciato in Brasile: “Pietro, prima o poi il Brasile diventerà indipendente; prendi tu la Corona, prima che un avventuriero lo faccia”.

¹⁸ Secondo PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, Forense, Rio de Janeiro 1981, più di 500 articoli sono promanati dalla legge allora in vigore, 200 originati da contributi dottrinali e altri 200 dal cosiddetto *Esboço* di Teixeira de Freitas. L’influenza della legislazione straniera fu scarsa (170 articoli del *Code*; 72 del Codice italiano del 1865; 83 del Codice portoghese del 1867; 70 del BGB e circa 30 del Codice spagnolo del 1889), ma lo stesso non si può dire per quanto attiene all’incidenza filosofica, pervenuta essenzialmente da Leibniz, Hugo e Savigny.

¹⁹ M. LOSANO, “I diritti fondamentali nelle Costituzioni brasiliane del secolo XX”, reperibile nel sito http://www.dircost.unito.it/dizionario/pdf/Losano-Diritti_Brasile.pdf, il quale aggiunge: “Ancora oggi due termini diversi individuano gli studiosi dell’America latina: gli ‘americanisti’ si occupano prevalentemente degli Stati di lingua spagnola, mentre i ‘brasilianisti’ si occupano del Brasile, cioè di un mondo a sé, benché le sue frontiere tocchino quasi tutti gli Stati del Sud America”.

²⁰ Le “*Ordenações Filipinas*” furono promulgate in Portogallo nel 1603 e rimasero in vigore fino a 1865; in Brasile, tuttavia, nonostante l’indipendenza, le *Ordenações* si mantennero in vigore sino al 1916, quando il Codice Civile venne promulgato.

nazionale, formata dal precedente diritto brasiliano coloniale”.²¹

Il codice brasiliano, alla stregua di altri dell'epoca, configurava un sistema chiuso, logico, teso a servire la classe dirigente, e regolamentava i diritti di un unico protagonista: il marito, padre, proprietario, contrattante e testatore. In particolare, peraltro, per quanto riguarda il codice Bevilacqua, è opinione comune che il massimo spirito individualista sia prevalso al punto d'essere 'accusato' di possedere una “morale *nietzschiana*”, d'essere un “codice dei forti”.²² Ciò è vero sia per quanto concerne i contratti,²³ che per la responsabilità civile²⁴, per i vizi della volontà²⁵, oltre che per l'assenza di istituti come quello della lesione, tra gli altri;²⁶ un'impronta conservatrice è presente in tutti i settori e, più che mai, nelle disposizioni in materia di famiglia e successioni.

Sino all'inizio degli anni Sessanta del secolo scorso, il Brasile si è mantenuto assai vincolato alle istituzioni coloniali, proprie di un Paese sostanzialmente agricolo, non industrializzato, guidato da un'oligarchia proprietaria fatta di grandi latifondi dai fini speculativi, i cui interessi non s'identificavano coi problemi della maggioranza della popolazione, affamata e ignorante,²⁷ ma con la vita della metropoli, preferibilmente quella francese.²⁸ Nell'anno del 1964 s'installò la dittatura fascista e, si sa, i militari possedevano una cosiddetta “legiferante voluttà”, al punto di determinare la riforma di diversi codici e di un gran numero di leggi. In tale ambiente totalitario nasce, nel 1972, il primo disegno di legge dell'attuale codice civile, promulgato nel 2002. Poche alterazioni sono state apportate nel corso dei quarant'anni di elaborazione, fatta

²¹ V. nota 18, sopra.

²² P. VIFOREANU, *Contribution à l'étude du contrat dans le projet franco-italien et en droit comparé*, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, Paris 1932, p. 335: « Le droit brésilien se caractérise donc par un complet désintéressement de la règle morale et par un soin excessif de la sécurité des relations juridiques. De ce point de vue, le code civil brésilien est le code des forts et s'il suit une morale, elle est Nietzschéenne ».

²³N. POSENATO, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, Wolters Kluwer Italia, 2010, p. 386 ss. Ricorda l'A. che il Codice adottò la teoria della volontà, lasciando poco spazio alla teoria della dichiarazione alla stregua della Pandettistica.

²⁴ J. KLEINHEISTERKAMP, *Development of Comparative Law in Latin America, The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, p. 295: “The Brazilian Civil Code of 1916 had not adopted (...) a special responsibility of the owner for his belongings. Rather, the spirit of individualism lead Bevilacqua a to tie extra-contractual liability to the strict necessity of fault (...) adopting a much more restrictive regime than the original French Code civil”.

²⁵ Il codice, ad esempio, ha ignorato la posizione assunta da Teixeira de Freitas, nel suo *Esboço*, del 1865, il quale sosteneva una misura etica nel riconoscimento dell'errore ai fini dell'annullamento del negozio giuridico.

²⁶ N. POSENATO, *Autonomia della volontà*, cit., p. 388.

²⁷ Può esser utile ricordare che il Brasile è stato l'ultimo Paese americano a proibire la schiavitù, soltanto nel 1888.

²⁸ O. GOMES, “Raízes históricas e sociológicas do Código civil Brasileiro”, in *Ensaio de direito civil e de direito do trabalho*, Aide, Rio de Janeiro 1986, p. 249 ss.

eccezione per il libro sul Diritto di famiglia.²⁹

È interessante notare che, nonostante il contenuto del codice del 2002 sia molto simile al codice anteriore, la sua applicazione nel corso di questi dieci anni ha contribuito sì a che la persona umana risultasse via via più protetta.³⁰ Le modifiche, infatti, seppur ridotte in termini quantitativi, si sono rivelate espressive per quanto attiene alla loro qualità: l’inserimento di poche ma importanti clausole generali,³¹ i cambiamenti profondi riguardo alla disciplina della responsabilità civile³², oltre all’applicazione stessa del codice, interpretato alla luce dei principi costituzionali, han fatto sì che l’ordine civile in Brasile si ritrovi oggi, in un considerevole numero di ipotesi, nel novero dei più avanzati.

Con la scelta prioritaria della dignità umana, inserita tra i principi fondamentali della Costituzione brasiliana, la prospettiva giuridica ha assunto il ruolo di garante di un c.d. “personalismo” giuridico, assente in altri momenti storici, quando Chiesa, Stato o altre istituzioni erano dotati della capacità d’incidere sulle scelte individuali. È già stato detto, da più parti, che è compito del legislatore non solo sforzarsi al fine di riflettere la realtà, ma altresì di cercar di trasformarla. Il cambiamento, tuttavia, non promana tanto più dal legislatore, come accadeva prima; oggi, la tutela “dell’essere” viene considerata prevalente da più parti, specialmente dalle Corti superiori e dalla Corte costituzionale.³³ E gran parte della tutela è imputabile all’istituto della responsabilità civile, nel senso di essere “come un campanello d’allarme; c’è un problema che deve

²⁹ S. P. OLIVEROS, “Il danno alla persona in America Latina tra circolazione delle idee e assetti locali”, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 675 ss., la quale riassume l’opinione della dottrina brasiliana più autorevole sul processo di elaborazione del Codice del 2002: “(...) non si può non evidenziare che lo stesso è nato già vecchio, appunto in quanto ispirato al progetto del 1975, benché i suoi redattori abbiano comunque tenuto conto dei cambiamenti introdotti dalla Costituzione del 1988, stravolgendo, ad esempio, il sistema del Diritto di famiglia, soprattutto alla luce della riforma del Diritto di famiglia italiano del 1975; tuttavia, nonostante tale intento rappresentasse un apprezzabile tentativo di porre rimedio al fatto che il nuovo Codice stesse nascendo già vecchio, in concreto il risultato ha finito per tradursi, sostanzialmente, in un’involuzione, in quanto non sono stati presi nella dovuta considerazione gli sviluppi della dottrina e della giurisprudenza italiana dal 1975 al 2002.

³⁰ Più di 900 articoli del Codice del 2002 (che conta un totale di 2.046 articoli) sono stati mantenuti identici (persino a livello ortografico) a quanto figurava nel Codice del 1916 (leggermente più succinto rispetto al successore).

³¹ Assumendo quale modello il BGB, le clausole generali del Codice del 2002 vengono usate dalla giurisprudenza come mezzo teso ad armonizzare la legge con l’evoluzione della società: così, ad es., l’art. 113 sulla buona fede nell’ambito dell’interpretazione del negozio; l’art. 128 sulla condizione risolutiva; l’art. 422 sulla buona fede e probità nei rapporti obbligatori; l’art. 187 sul divieto di atti abusivi; l’art. 421 sulla funzione sociale del contratto; l’art. 1.228 sulla funzione sociale della proprietà; l’art. 927, comma unico, sulla responsabilità oggettiva per ciò che afferisce al rischio creato.

³² Con la creazione di una clausola generale di responsabilità oggettiva sul rischio creato e l’incremento sostanziale delle ipotesi di responsabilità oggettiva.

³³ Per un’esposizione recente sul comportamento della dottrina brasiliana dell’attualità, v. A.M. HESPANHA, “As culturas jurídicas dos mundos emergentes: o caso brasileiro”, in *Revista da Faculdade de Direito do Paraná*, n. 56, pp. 13-21, 2012, reperibile nel sito <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito>.

essere risolto in termini giuridici, vediamo come può rimanere nell'area della responsabilità civile senza alterarne la funzione".³⁴

Al riguardo, è stato fatto notare che il problema della responsabilità civile non traduce altra esigenza se non quella di determinare – secondo criteri temporali di convenienza – le condizioni alle quali un danno debba essere sopportato da un soggetto o da un altro, ossia, dall'agente che lo provoca, da un terzo (detto appunto responsabile), o dalla vittima.³⁵ La disciplina della responsabilità civile, pertanto, deve molto più alle scelte politiche e filosofiche che non alle evidenze logiche e razionali, derivanti dalla natura delle cose. A tal proposito, si è osservato che sarà possibile dire che un soggetto ha cagionato un danno soltanto dopo che si sia assunta la decisione di responsabilizzarlo³⁶ – affermazione, quest'ultima, intrisa di quest'ulteriore risvolto: sarà la successiva imputabilità ad un soggetto determinato ciò che renderà il danno risarcibile.³⁷

Il danno in sé e per sé, infatti, non è né risarcibile, né irrisarcibile (né “giusto”, né “ingiusto”). La decisione – etica, politica e filosofica, ancor prima che giuridica – dovrà esser presa dalla società nella quale si verifica l'evento; e perciò esistono danni passibili di risarcimento in determinati Paesi e non in altri, sebbene si tratti di ordinamenti provvisti di svariate mutue analogie. È ciò che accade, ad esempio, riguardo al “danno tanatologico” o “danno da morte”, in merito al quale non esiste, in Brasile, alcuna forma di compensazione – al contrario di quanto previsto, ad esempio, dall'ordinamento portoghese³⁸. Allo stesso modo, sebbene il sistema francese e quello brasiliano adottino, in sostanza, gli stessi concetti chiave, la giurisprudenza francese non esita a riparare il danno morale in ambito contrattuale³⁹, mentre in Brasile ciò avviene solo eccezionalmente.⁴⁰

L'espansione della responsabilità civile, messa in risalto da tanti⁴¹, ha esercitato nel

³⁴ S. RODOTÀ, Intervista, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 11, 2002, p. 288.

³⁵ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 71 ss., in particolare, si veda p. 74.

³⁶ P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, 2. ed., Jovene, Napoli 1977, p. 291 ss.

³⁷ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 74.

³⁸ La previsione del “danno da morte” è espressa negli artt. 494 a 496 del codice civile portoghese.

³⁹ H. e L. MAZEAUD; J. MAZEAUD; F. CHABAS, *Leçons de droit civil: obligations. Théorie générale*, t. II, v. 1, 8. ed., Montchrestien, Paris 1991, p. 410.

⁴⁰ La Cassazione brasiliana considera che non sussista, di norma, nell'inadempimento contrattuale, margine per il danno non patrimoniale.

⁴¹ V., per tutti, R. SAVATIER, *Du droit civil au droit public*, Paris: LGDJ, 1950, p. 99-113 e G. VINEY, *La responsabilité. Archives de philosophie du droit*, v. 35, 1990, p. 275 ss.; tra i giuristi brasiliani, O. GOMES, “Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil”, in *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*, Saraiva, São Paulo 1980, p. 296 e C. M. DA SILVA PEREIRA, *Direito civil: alguns aspectos de sua evolução*, Forense, Rio de Janeiro 2001, pp. 141-142, afferma che lo sviluppo della teoria della

corso dell'ultimo secolo, nei Paesi dell'area occidentale, un ruolo veramente rivoluzionario, configurandosi come una delle istanze primarie di mediazione tra le pratiche sociali e la tutela giuridica.⁴² In Brasile, gli impulsi innovatori destati dall'istituto si sono considerevolmente accentuati a partire dalla promulgazione della Costituzione del 1988. In questa maniera, la responsabilità civile è divenuta l'istituto ideale per mezzo del quale, con l'incremento delle ipotesi di danni risarcibile⁴³, si può mettere in pratica l'ordinamento costituzionale fondato sulla solidarietà sociale.⁴⁴

La struttura dell'istituto, relativamente semplice e flessibile, si è trasformata, peraltro, in un amalgama composta da diverse funzioni attribuitele dalla giurisprudenza e che appaiono ancora carenti di sistematizzazione, compito, quest'ultimo, la cui realizzazione ricade sulla dottrina⁴⁵. Oltre a compensare, all'interno di detto complesso di funzioni vi sarebbero quelle consistenti nel punire, prevenire, nel dissuadere ed educare, a seconda dell'arbitrio del magistrato.

Se in virtù di dispositivo costituzionale espresso dall'art. 5, V e X, non si nega più l'integrale riparabilità dei danni morali⁴⁶, continuano a moltiplicarsi accaniti dibattiti sia in sede dottrina che in ambito giurisprudenziale, a proposito dell'unità o pluralità funzionale della riparazione. La maggioranza intende che la compensazione del danno non patrimoniale espleterebbe una duplice funzione: quella compensatoria e quella punitiva, e pertanto adotta altresì i criteri della gravità della colpa dell'offensore e delle condizioni economiche dello stesso offensore e della vittima. Questa posizione è oggi contestata da più parti⁴⁷.

responsabilità civile, che “è cresciuta enormemente”, le ha conferito un carattere nuovo, “a tal punto che, a dire il vero, non si può paragonare con ciò che tale teoria rappresentava all'inizio del secolo”. (...) “È in questa direzione che andrà la teoria della responsabilità civile. Può apparire, forse, un po' paradossale: aumenterà tanto la necessità di garantire l'essere umano, in questo turbine evolutivo, che l'idea di responsabilità civile diverrà insufficiente, e sarà sostituita da nuovi concetti, che riguarderanno la sua stessa sussistenza”.

⁴² Così S. RODOTÀ, riferendosi a un processo simile nel contesto italiano, *Il problema della responsabilità civile*, cit., *passim* e C. CASTRONUOVO, *La nuova responsabilità civile. Regola e metafora*, Milano: Giuffrè, 1991, p. 90.

⁴³ Che il danno “ingiusto” corrisponda a quelle ipotesi in cui esiste “responsabilità civile in casi che, in altra maniera, non sarebbero indennizzabili”, è intendimento espresso da decisioni di diverse Corti.

⁴⁴ Per J. C. MONIER, « Personne humaine et responsabilité civile », in *Droit et culture*, n. 31, 1, p. 51, 1996, “l'on peut même dire que par bien des aspects, la justice moderne s'est constituée autour des questions de responsabilité”.

⁴⁵ Che l'opera di sistematizzazione dei casi giurisprudenziali non possa essere lasciata a carico della stessa giurisprudenza è un'evidenza sottolineata da S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., pp. 27-28.

⁴⁶ In Brasile, “danno morale” e “danno non patrimoniale” sono espressioni terminologiche sinonime.

⁴⁷ Sia consentito il rinvio a M. C. Bodin de MORAES, “Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas”, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 18, 2004, pp. 45-78 e A. SCHREIBER, *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, 5. ed., Atlas, São Paulo, 2013.

In merito alla concettualizzazione del danno non patrimoniale, la discussione non si è ancora esaurita. Allorché l'orientamento dell'irrisarcibilità del danno non patrimoniale è venuto meno in Brasile, all'inizio degli anni Sessanta, la sua fonte ispiratrice è stata rappresentata dalla dottrina francese, secondo la quale il danno morale sarebbe configurato da "qualsiasi sofferenza umana non causata da una perdita pecuniaria".⁴⁸ Alla stregua di tale ragionamento, la dottrina brasiliana si limitò originariamente a intravedere una concezione negativa, considerando che "il danno morale è quello che non è patrimoniale". Così, qualsiasi lesione dolosa o colposa che non configurasse una perdita patrimoniale poteva, in principio, essere identificata quale danno morale, a condizione che fosse accompagnata dal fattore soggettivo della sofferenza. Ciò presentava tuttavia un limite importante: si intendeva che il medesimo fatto giuridico non potesse essere fonte di due tipologie di danno. Qualora vi fosse una qualche perdita di carattere patrimoniale, il danno sarebbe stato esclusivamente patrimoniale; un danno morale si prospettava soltanto allorquando fosse venuta meno la possibilità di configurare un danno patrimoniale.⁴⁹

Gran parte della dottrina ha criticato con veemenza la nozione semplicistica del cosiddetto "concetto classico", e ha infine considerato che la distinzione deriverebbe dall'impatto del pregiudizio sulla vittima.⁵⁰ Il danno morale sarebbe "l'effetto non patrimoniale della lesione a diritto soggettivo patrimoniale o non patrimoniale".⁵¹ Codesta seconda teoria, detta teoria critica, ha rappresentato un significativo progresso rispetto alla prima, giacché grazie ad essa il danno morale diveniva effettivamente un "qualcosa", alludendo agli "effetti non patrimoniali" di un diritto violato, e permetteva che si intravedesse una *rationale* nella sofferenza. Come conseguenza, la maggior parte dei giuristi ha considerato che da una medesima fonte potessero sorgere,

⁴⁸ R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédurale: conséquences et aspects divers*. t. II, n. 525, LGDJ, Paris 1939.

⁴⁹ Alla fine soltanto il "Supremo Tribunal Federal" ha mantenuto questa posizione, quasi sino alla vigilia della promulgazione della Costituzione del 1988. D'altra parte, quasi tutti le Corti e i Tribunali brasiliani accettavano da lungo tempo l'idea della compensazione del danno morale. Di conseguenza, tale istituto diventava ogni giorno maggiormente diffuso.

⁵⁰ Questa è la nota posizione di J. DE AGUIAR DIAS, *Da responsabilidade civil*, Forense, Rio de Janeiro 1973, v. II, p. 729 ss., seguita dalla maggior parte della dottrina e della giurisprudenza: "Quando al pregiudizio non corrispondono le caratteristiche del danno patrimoniale, diciamo che ci troviamo in presenza di danno morale. La distinzione, al contrario di quel che sembra, non decorre dalla natura del diritto, del bene o dell'interesse leso, ma dall'effetto della lesione, dal carattere della sua ripercussione sul leso. Sicché, è possibile sia che sussista danno patrimoniale in conseguenza di lesione di un bene non patrimoniale, sia che risulti configurabile danno morale quale risultato di offesa a un bene materiale."

⁵¹ E. FACCHINI NETO; T. WESENDONCK, *Danos existenciais*, cit., p. 233, indica come esempi la "cicatrice deformante riportata da una modella, lo smarrimento di una fede mandata a riparare, lo smarrimento di un album di fotografie mandate a sviluppare; il calpestio e la morte di animali da compagnia".

evidentemente, danni di tipologie differenti.⁵²

Nel 1996, il “Supremo Tribunale Federale” considerò necessario determinare quello “che il legislatore costituente ha voluto dire con l’espressione danno morale”, identificandolo nei sentimenti di disagio, sconforto, contrarietà ed umiliazione provocati dallo smarrimento del bagaglio nel corso di un viaggio all’estero; si tratta del riconoscimento puro e semplice, da realizzarsi ad opera del magistrato, di quel che sarebbe un “male evidente”, che “potrà poi appianarsi a mezzo di un risarcimento tradotto in denaro”.⁵³

Una tale difficoltà concettuale non è esclusiva del diritto brasiliano: quasi tutti gli ordinamenti romano-germanici hanno passato gli ultimi decenni a discutere quale sia la tipologia del danno non patrimoniale.⁵⁴ E si continua a indagare: i sentimenti di dolore, l’umiliazione, il disagio, la vergogna sarebbero elementi sufficienti per la sua concettualizzazione?⁵⁵ Come si potranno distinguere i sentimenti che producono “mali

⁵² Il Codice del 2002, all’art. 186, stabilisce: “Colui che, per azione o omissione volontaria, negligenza o imprudenza, viola il diritto e provoca danno ad altri, anche se di carattere esclusivamente morale, commette atto illecito”. La sanzione è prevista dall’art. 927 della stessa fonte normativa: “Colui che, per atto illecito (articoli 186 e 187) causa danno ad altri, è obbligato a ripararlo.”

⁵³ STF, 2° T., RE 172.720, Rel. Min. M. Aurélio, 06.02.1996, pubb. 21.01.1997. Il caso trattava della richiesta di riparazione di danno non patrimoniale per la perdita del bagaglio in occasione di un viaggio aereo. Nella decisione si può leggere: “Nessuno mette in dubbio le ripercussioni nefaste derivanti dallo smarrimento del bagaglio in occasione di un’escursione, specialmente qualora questa venga realizzata fuori dal Paese. I problemi sono immensi, e provocano i più diversi sentimenti nel viaggiatore. Per quanto riguarda il danno morale, bisogna valutare l’umiliazione e, di conseguenza, il sentimento di disagio causato dall’atto, il che è irrefutabile nella fattispecie (...). Non è necessaria un’aggressione alla personalità morale dell’essere umano affinché si configuri un danno morale, soprattutto poiché la conseguenza non è niente di così drammatico: essa si riduce, sul piano civile, a nulla più che un mero e prosaico risarcimento. Non si deve esigere, sul piano etico, che il danno morale sia particolarmente grave e funesto qualora la conseguenza che l’ordinamento giuridico determina si riassume ad un risarcimento compensatorio (...). Ciò che il costituente brasiliano qualifica come danno morale è quel pregiudizio che si potrà poi appianare a mezzo di un risarcimento tradotto in denaro, sebbene la sua configurazione non sia materiale. Non è come dar fuoco ad un oggetto o impossessarsi del bene di una persona. Consiste nel cagionarle un male evidente, quale è quello che il vettore arreca al cittadino che ha programmato un viaggio, ne ha pagato il prezzo e l’ha intrapreso, imbattendosi peraltro, sin dal primo giorno, nella sgradita sorpresa di rendersi conto che gli manca il bagaglio, constatando poi, giorno dopo giorno, che le reiterate promesse della compagnia aerea nel senso di un presunto sollecito rinvenimento della valigia non vengono mantenute, sino al punto di vedersi costretto a prendere un aereo di ritorno in seguito a un periodo in cui non certo piacere, riposo o divertimento, bensì tensione e frustrazione, l’han fatta da padrone, un periodo in cui inquietudine e avvillimento si son tradotti, suo malgrado, in un ritornello tamburellante (...). Ciò che il Tribunale di origine ha fatto, nel caso di specie, è stato conferire una connotazione assai restrittiva al danno morale, non individuandolo nella “sensazione di disagio o contrarietà provocata dalla perdita o smarrimento del bagaglio”. Riguardo a quale sia l’esatta natura di tale sentimento e a quale sia la misura di detta contrarietà, parrebbe non esservi bisogno di spiegare alcunché a qualsivoglia individuo dotato di un minimo di esperienza di viaggio; conosciamo il fenomeno.

⁵⁴ In Italia, basti pensare alle frequenti svolte della Cassazione. In Spagna, si veda l’opinione di L. Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid 1999, p. 37, il quale, dopo aver analizzato la giurisprudenza del Tribunale Supremo spagnolo sul tema, afferma: “Algo hace pensar que el Tribunal sigue criterios de justicia intuitiva, que resultan difícilmente formalizables en argumentos de técnica jurídica.”

⁵⁵ A titolo di esempio, si cita una famosa decisione collegiale, assunta all’unanimità, che rappresenta, in maniera evidentissima, il grado di disorientamento giurisprudenziale sul tema. Il caso riguarda una famosa attrice la cui fotografia (che la ritraeva seminuda), pubblicata con la sua previa autorizzazione su una

evidenti”, e che debbono essere risarciti, dalle altre sofferenze, dispiaceri, risentimenti, abbandoni amorosi, irritazioni profonde causate, ad esempio, da telefonate a call center?⁵⁶ Quale intensità e durata deve possedere il male? Quale dimensione deve raggiungere il turbamento psichico? Quale ampiezza deve connotare la sofferenza? Infine, come rinvenire criteri giuridici per l’identificazione se non si dispone ancora di un “concetto giuridico”?

Su quest’aspetto, la giurisprudenza brasiliana ha affermato, in maniera oramai consolidata, che il giudice deve seguire l’iter logico più ragionevole, alla ricerca della sensibilità dell’uomo medio, deve, cioè, “avere quale modello la persona che si colloca a metà strada fra l’uomo freddo, insensibile, e l’uomo dalla sensibilità esacerbata”. Dovrà considerare danno non patrimoniale indennizzabile soltanto il dolore, la vergogna, la sofferenza o l’umiliazione che, al di là della normalità, “incidano intensamente sullo stato psicologico dell’individuo, provocandogli afflizione, angustia e turbamenti per quanto attiene al suo benessere”.⁵⁷

È indubitabile che il diritto della responsabilità civile, ai nostri giorni, sia creato dalla giurisprudenza. Nonostante ciò, quando il giudice è sollecitato a valutare ed apprezzare interessi contrapposti, dovendo agire come arbitro, senza qualsivoglia criterio definito in precedenza, il ruolo della dottrina diviene ancor più rilevante; sarà ad essa che toccherà analizzare i principali orientamenti giurisprudenziali, rinvenire e individuare i

famosa rivista, è stata oggetto di nuova divulgazione, in questa circostanza senza il suo permesso, su un popolare quotidiano. La sentenza afferma che: “Il danno morale, come si sa, è quello che provoca in chi lo subisce notevole dolore, grande tristezza, dispiacere profondo, accentuato imbarazzo, vergogna, umiliazione, sofferenza. Ora, nelle circostanze del caso concreto non si comprende in quale maniera l’uso non consentito dell’immagine dell’attrice possa averle provocato dolore, tristezza, dispiacere, sofferenza, vergogna, umiliazione. Al contrario, l’esibizione del suo bel corpo, del quale l’attrice con tutta ragione è orgogliosa, certamente deve aver generato in lei spiccata allegria, giubilo, contentezza, soddisfazione, esaltazione, felicità, forse incompleta soltanto in virtù dell’assenza di pagamento del valore patrimoniale che le sarebbe dovuto per l’uso della sua immagine. Soltanto una donna brutta può sentirsi umiliata, imbarazzata, o provare vergogna nel vedere il suo corpo nudo stampato su giornali o riviste (...)”. “Trattandosi invece di una delle più belle donne del Brasile, nulla giustifica una richiesta di tale natura, esattamente per la non esistenza, in questa fattispecie, di danno non patrimoniale da compensare”. (TJRJ, 2º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. W. Marques, 29.09.1999, in *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*, n. 41, p. 184-187).

⁵⁶ In Italia è assai comune imbattersi nel fenomeno delle “telefonate mute”. Dopo alcune verifiche, l’Autorità ha accertato che il problema deriva dalle impostazioni dei sistemi centralizzati di chiamata dei call center. Per massimizzare la produttività degli operatori e minimizzare i tempi morti tra una telefonata e l’altra, il sistema genera, infatti, un numero di chiamate superiore agli operatori disponibili. Al momento della risposta da parte dell’utente, le chiamate possono essere mantenute in attesa, finché non si liberi un operatore, col risultato – appunto - di una telefonata “muta”. Il Garante ha quindi deciso di intervenire stabilendo nuove regole tese a tutelare gli utenti, alcuni dei quali hanno dichiarato di aver ricevuto telefonate di questo genere anche 10-15 volte di seguito.

⁵⁷ S. CAVALIERI, *Programa de responsabilidade civil*, Malheiros, São Paulo 2013, p. 66. Tutte le citazioni sono state tratte dalla decisione della Corte d’Appello di Rio de Janeiro (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 2º C. C., Ap. Cív. 8.218/95, Rel. Cavalieri), seguita dalla Cassazione e, su questa linea, dalle Corti di Appello di tutti gli Stati della Federazione.

cosiddetti *leading cases*, e, principalmente, destare l'attenzione della magistratura verso le soluzioni maggiormente compatibili col sistema unificato dalla tavola assiologica definita dalla Costituzione.

Ecco esposti alcuni dei problemi inerenti al danno non patrimoniale, emersi in Brasile. Si tratta di un male evidente, che deriva da sentimenti di vergogna, tristezza, umiliazione, e che deve essere riparato pecuniariamente, ad arbitrio del magistrato il quale ha il compito, nel determinare il *quantum debeatur* della compensazione, di applicare altresì una punizione, il tutto peraltro senza la necessità di giustificare oggettivamente alcunché, essendo invece sufficiente che egli menzioni ciò che ha considerato a fini di definizione della situazione dannosa che ha provocato sofferenza, la quale, dal canto suo, non avrà neppure bisogno di essere provata dalla vittima, essendo sufficiente il danno *in re ipsa*, giacché il giudice, in quanto essere umano, sa quello che la vittima ha sentito.

Fatto è che, con tale assenza di criteri, requisiti, presupposti, in una parola, di filtri, i Tribunali e le Corti si trovano oggi, a quasi due decenni della pronuncia della Corte costituzionale, sommersi da richieste di compensazione di danni non patrimoniali, alle volte veramente caricaturali.⁵⁸ La mancanza di serietà in questa materia fa sì che i valori in gioco risultino via via di livello sempre più modesto.⁵⁹ Quest'ambiente di compensazione senza criterio, normalmente di basso ammontare, sfocia in una demoralizzazione del danno non patrimoniale e, di conseguenza, la tutela della persona. Quando tante lesioni esistenziali risultano risarcibili, si passa a credere che tutto abbia, più o meno, eguale o analogo valore.

A questo punto, forse, sarà possibile proporre un qualche tipo di analogia inversa per mezzo della nota esortazione di Bobbio sui diritti umani, secondo la quale il problema fondamentale “non è [più] tanto quello di giustificarli, ma quello di proteggerli”.⁶⁰ Per quanto attiene al danno non patrimoniale, in Brasile, attualmente, il problema non è tanto quello della sua tutela, che risulta di certa forma intensa, quanto, piuttosto, quello

⁵⁸ Vi sono state decisioni che hanno toccato gli estremi dell'istituto. Ad esempio, un giornale è stato condannato a versare 23.000 euro a un condannato per tentativo di omicidio, per aver divulgato la notizia secondo cui gli spari sarebbero stati effettuati alle spalle delle vittime, il che non era rispondente al vero.

⁵⁹ In voto espresso nell'ambito di sentenza che riguardava l'indebita iscrizione nel catasto di protezione al credito, il magistrato affermò: “L'individuo che in altri tempi ascendeva a una determinata posizione socioeconomica quale frutto del proprio lavoro e del suo sforzo personale, comincia ora ad augurarsi di essere colpito da un determinato fatto dal quale si possa dedurre forzosamente una supposta configurazione di danno non patrimoniale, che per lui corrisponderebbe a ‘vincere alla lotteria’”.

⁶⁰ N. BOBBIO, “Sobre o fundamento dos direitos dos homens” in *A era dos direitos*, trad. bras. C. Coutinho, 9. ed., Campus, Rio de Janeiro 1992, p. 24.

consistente nell'elaborazione di un suo adeguato fondamento concettuale.

3. Il concetto filosofico e l'espressione giuridica del principio della dignità umana

Se gli esseri umani non fossero uguali, non potrebbero comprendersi fra loro, né prevedere le necessità delle generazioni future.⁶¹ Se non fossero diversi, non avrebbero bisogno del discorso o dell'azione per farsi capire: “La pluralità umana è caratterizzata da questo duplice aspetto: quello dell'uguaglianza e quello della differenza”.⁶²

Azione e discorso sono gli strumenti per mezzo dei quali gli esseri umani si rapportano gli uni con gli altri, non come semplici oggetti fisici, ma come persone. Con parole e atti, pertanto, ci inseriamo nel mondo umano.⁶³ L'azione e il discorso costituiscono anche le capacità che traducono la singolarità di ogni essere umano; solo la persona è in grado di comunicare sé stessa, non solo di comunicare qualcosa – sete, fame, affetto, paura. Tuttavia, quando si tratta di definire, filosoficamente, “chi” siamo, possiamo soltanto enumerare qualità e caratteristiche inerenti a “cosa” siamo, rivelando così la nota incapacità filosofica di definire la persona umana, di svelare la nostra “essenza viva”.⁶⁴ Questa incapacità spiega, forse, l'impossibilità di comprendere, senza ricorrere alla cultura e alla storia, ciò che è specifico dell'umanità o della natura umana. L'umanità, sostiene Hannah Arendt, è la paradossale pluralità di esseri unici.⁶⁵

Per distinguere gli esseri umani, si dice che essi possiedono una sostanza unica, una qualità esclusiva: una “dignità” inerente alla specie. La radice etimologica della parola “dignità” è il termine latino *dignus* – “colui che merita stima ed onore, colui che è importante”. Questo termine, si dice, è stato sempre utilizzato in correlazione alle persone. Anticamente, tuttavia, esso si riferiva unicamente alla specie umana intesa nel suo insieme, senza alcun tipo di personificazione.⁶⁶

⁶¹ H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi, Torino 2002, secondo il quale mano a mano che svaniscono le certezze sul modello di sviluppo fondato sull'asservimento tecnologico della natura, il dibattito deve incentrarsi sulla responsabilità nei confronti delle generazioni future. Secondo l'A., il problema filosofico della responsabilità non riguarda soltanto la sopravvivenza della specie, ma altresì la dignità della sua esistenza.

⁶² H. ARENDT, *A condição humana*, Forense Universitária, Rio de Janeiro 1999, p. 188.

⁶³ H. ARENDT, *A condição humana*, cit., p. 198.

⁶⁴ H. ARENDT, op. cit., p. 194-195.

⁶⁵ H. ARENDT, *A condição humana*, cit., p. 171.

⁶⁶ J.-M. BREUVART. « Le concept philosophique de dignité humaine », in *Revue d'Éthique et Théologie Morale*, n° 191, 1994, p. 104-105.

Il Cristianesimo, com'è noto, ha per la prima volta concepito l'idea di una dignità personale, attribuita a ciascun individuo. Il pensiero cristiano sulla dignità umana si è sviluppato a partire da un duplice fondamento: l'uomo è un essere creato da Dio per occupare il centro della creazione; quale essere amato da Dio, è stato salvato dalla sua natura, quella del desiderio personale, per mezzo della nozione di libertà di scelta, che lo rende capace di assumere decisioni contrarie al suo desiderio naturale⁶⁷. San Tommaso è giunto a pensare la dignità umana sotto due prismi differenti: essa è inerente all'uomo come specie; ed essa esiste *in actu* soltanto nell'uomo come individuo, passando pertanto a risiedere nell'anima di ogni essere umano⁶⁸. La novità è che l'uomo deve ora non solo guardare a Dio, ma anche dentro di sé, e prendere coscienza della propria dignità, agendo in maniera adeguata⁶⁹.

Tale cambiamento è stato possibile poiché, diversamente dalle altre religioni dell'Antichità, il Cristianesimo è sorto come una religione di individui, i quali non sono definiti dal loro vincolo con una comunità, bensì dalla loro relazione diretta con uno stesso e unico Dio. In questo modo, mentre nelle altre religioni antiche la divinità manteneva rapporti con la comunità organizzata, il Dio cristiano si rivolge direttamente agli individui che credono in lui.

Con il Cristianesimo sono state introdotte due nuove concezioni etiche: l'idea che la virtù è concepita nel rapporto con Dio e non con la *polis* o con gli altri uomini; e l'affermazione che, sebbene gli esseri umani siano dotati di libero arbitrio, il loro primo impulso, derivante dalla loro natura debole e peccatrice, li spinge verso la trasgressione⁷⁰. Visto che la stessa volontà umana si trova, in origine, pervertita dal peccato (cosiddetto originale), il Cristianesimo presuppone che l'essere umano, in sé e per sé, sia incapace di realizzare il bene, ed abbia bisogno dell'aiuto di Dio per poter diventare virtuoso.

Ciò si realizzerà mediante la stretta ubbidienza alla legge divina, rivelata e scritta nel cuore di ogni uomo, per mezzo degli atti del dovere. La condotta morale passa a corrispondere al comportamento realizzato in conformità alle norme e alle regole imposte dal dovere. L'idea di dovere, una delle caratteristiche principali della concezione etica occidentale, permane anche quando la filosofia morale si allontana dai

⁶⁷ J.-M. BREUVART « Le concept philosophique de dignité humaine », cit., p. 197.

⁶⁸ BATTISTA MONDIN, *O humanismo filosófico de Tomás de Aquino*, EDUSC, São Carlos 1998, p.

⁶⁹ J.-M. BREUVART, op. cit., p. 110.

⁷⁰ M. CHAUÍ, *Convite à filosofia*, Ática, São Paulo 1997, pp. 342-343.

principi teologici e dai fondamenti trascendenti.⁷¹

Nel 1486, Giovanni Pico, Conte della Mirandola, allora un giovane di 23 anni, enunciò la sua famosa *Oratio de Hominis Dignitate*, posteriormente considerata il discorso fondatore del rinascimento umanista, “il primo orizzonte della Modernità”, così definito in virtù del suo impegno per la valorizzazione e la promozione filosofica dell'uomo. L'antropocentrismo presente in quest'opera non era inedito per l'epoca, essendo già stato celebrato da altri autori quali Petrarca, Poggio, Leonardo Bruni e Manetti, definiti, proprio per questo, umanisti.⁷² Ciò che distingue Giovanni Pico e lo rende degno di nota è che il suo testo, nonostante faccia numerose allusioni alla *ratio teologica*, non stabilisce la solita relazione di subordinazione, di dipendenza, di causa e conseguenza tra il Creatore e la creatura⁷³.

Nel 1785, nella *Fondazione della metafisica dei costumi*, Kant ridiscusse il problema della moralità su nuove basi, sintetizzate, in ultima istanza, in ciò che il filosofo denominò “imperativo categorico”.⁷⁴ Il dovere, secondo Kant, non si presenta con contenuti fissi, e non è nemmeno una lista o un catalogo di virtù: si configura piuttosto a mezzo di una “forma” che deve valere universalmente e incondizionatamente, ovvero categoricamente, per ogni azione morale.⁷⁵

L'imperativo categorico è apodittico ed è contenuto nella seguente frase: “Agisci in modo tale che la massima delle tue volontà possa sempre valere allo stesso tempo come un principio per una legislazione generale.”⁷⁶ Questo enunciato è stata scisso da Kant in due formule morali: (i) “Agisci in modo da trattare l'umanità, tanto nella tua persona quanto nella persona di ogni altro, sempre come un fine, e mai come un mezzo”, ciò rappresentando il nucleo dell'imperativo; (ii) “Agisci in modo tale che la tua volontà possa, in forza della sua massima, considerare contemporaneamente sé stessa come universalmente legislatrice”, esprimendo in siffatta maniera la separazione tra l'ambiente naturale delle cause e quello umano dei fini, attribuendo alla volontà umana

⁷¹ M. CHAUI, *Convite à filosofia*, cit., p. 343.

⁷² J.-M. BREUVART, « Le concept philosophique », cit., p. 111.

⁷³ M. L. S. GANHO, “Acerca do pensamento de Giovanni Pico Della Mirandola”, in G. P. DELLA MIRANDOLA, *Discurso sobre a dignidade do homem*, Edições 70, Lisboa 1989, p. 5.

⁷⁴ B. FREITAG, “A questão da moralidade: da razão prática de Kant à ética discursiva de Habermas”, in *Tempo Social. Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, 1(2), 2 s. 1989, p. 9.

⁷⁵ B. FREITAG, “A questão da moralidade”, cit., p. 10.

⁷⁶ M. CHAUI, *Convite à filosofia*, cit., pp. 345-346. N. ABBAGNANO, *Dicionário de filosofia*, Martins Fontes, São Paulo 1999, sostiene che il termine “imperativo”, creato forse per analogia col vocabolo biblico “comandamento”, non è che un'altra denominazione del termine “dovere”.

⁷⁷ S. LANDUCCI, *La critica della ragion pratica di Kant. Introduzione alla lettura*, Carocci, Roma 2010.

una propensione legislatrice generale.⁷⁷

Secondo Kant, nel mondo sociale esistono due categorie di valori: il prezzo e la dignità. Mentre il prezzo rappresenta un valore esteriore (di mercato) e manifesta interessi particolari, la dignità rappresenta un valore interiore (morale) e d'interesse generale. Le cose hanno un prezzo; le persone dignità. Il valore morale è infinitamente superiore al valore delle merci perché, al contrario di quest'ultimo, non ammette scambi o sostituzioni.⁷⁸ Di qui l'esigenza trattare la persona sempre come fine e mai come semplice mezzo. Di conseguenza, la legislazione elaborata dalla ragione pratica, che vige nel mondo civile, deve prendere in considerazione, quale suo fine supremo, la realizzazione del valore della dignità umana.

Questa breve esposizione inerente all'elaborazione del concetto filosofico di dignità umana, si deve alla comprensione del fatto che la riflessione giuridica sul tema deve fare ricorso, necessariamente, alla filosofia.⁷⁹ Non spetta all'ordinamento giuridico come tale determinare il contenuto e le caratteristiche della dignità. La Costituzione enuncia il principio, cristallizzato nella coscienza collettiva (*rectius*, nella storia) di una determinata società, disponendo circa la sua tutela, per mezzo di libertà, diritti, e garanzie che lo assicurino⁸⁰.

Il XX secolo ha assistito, in gran parte come conseguenza delle tragiche esperienze vissute nel corso della Seconda Guerra e della Shoah, al sorgere di un nuovo tipo di rapporto tra le persone, basato sulla solidarietà. Una parte significativa di ciò che accade ai giorni nostri, infatti, ha avuto origine negli effetti della creazione e dell'assimilazione del concetto di "umanità", elaborato per dare una risposta ai terribili crimini praticati, nel periodo tra il 1933 e il 1945, dal regime nazista.⁸¹

⁷⁷ M. CHAUI, *Convite à filosofia*, cit., p. 346. V. anche P. RICOEUR, "L'universel et l'historique", in *Le Juste 2*, Esprit, Paris 2001, p. 267-285, spec. p. 273.

⁷⁸ I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, estratto reperibile nel sito http://www.legroma.osservatoriodeilaici.com/wpress_it_IT_292XXL/?p=1427: "L'umanità [l'essere uomo] è essa stessa una dignità: l'uomo non può essere trattato dall'uomo (da un altro uomo o da sé stesso) come un semplice mezzo, ma dev'essere trattato sempre anche come un fine. In ciò, appunto, consiste la sua dignità (personalità), ed è in tal modo che egli si eleva al di sopra di tutti gli esseri viventi che non sono uomini e possono servirgli da strumento".

⁷⁹ P. DURO, "Uma nova contextualização do direito: a transdisciplinaridade", Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2000, reperibile nel sito www.fd.unl.pt/Anexos/Downloads/214.pdf.

⁸⁰ Così P. DURO, op. cit., p. 13.

⁸¹ E com'è potuto accadere in una società democratica? La risposta facile che considera il nazismo come espressione di una "follia collettiva" era già stata smentita da H. ARENDT, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme* (1965), Feltrinelli, Milano 2013. Secondo A. BINATI, *Dall'inchiostro al sangue. Quando il crimine è legalizzato*, Proedi, Milano 2003, è necessario riconoscere che "i nazisti, i membri delle SS e SA, i burocrati, i militari che sterminarono milioni d'individui con assoluta indifferenza erano persone normali, persone come noi".

È stata appunto la nozione di “crimine contro l’umanità”, fino ad allora inesistente, a far sì che si cominciasse a pensare all’umanità quale una collettività meritevole, come tale, di protezione giuridica.⁸² Per fare fronte all’orribile “trionfo della legge sulla giustizia”, è opportuno ricordare la tavola assiologica inclusa nelle lunghe Costituzioni, elaborate e promulgate dopo la fine della Guerra, che han cercato di consolidare alcuni valori, primo fra tutti quello della persona. La Costituzione italiana del 1948 ha proclamato, tra i suoi principi fondamentali, che “tutti i cittadini hanno pari dignità e sono eguali davanti alla legge (...)”. In seguito, la Dichiarazione universale dei diritti umani, proclamata dalle Nazioni Unite, enunciava nel suo articolo 1: “Tutte le persone nascono libere e uguali in dignità e diritti”. La Legge Fondamentale di Bonn, del 1949, ha consacrato il principio in termini più incisivi, nel suo art. 1.1, secondo il quale “La dignità dell’uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla”.⁸³

In questo contesto, il valore giuridico fondamentale non era più l’autonomia privata che si doveva proteggere, bensì le persone umane e la dignità ad esse intrinseca. Se allora le Costituzioni non avevano forza normativa, essendo considerate programmi vaghi o dal valore meramente ermeneutico, oggi, la norma costituzionale ha valenza normativa. Come sostenuto da una autorevole dottrina “questo cambiamento esige la concretizzazione del valore primario della persona, nella sua accezione integrale di entità psicofisica, di libertà e di responsabilità, e quindi anche di doveri, in tutti gli istituti giuridici, compresi quelli tradizionalmente o apparentemente estranei alla categoria, chiusa o aperta che sia, dei diritti fondamentali”.⁸⁴

Il rispetto della dignità della persona umana, fondamento dell’imperativo categorico kantiano, di ordine morale, è diventato un comandamento giuridico in Brasile con l’avvento della Costituzione Federale del 1988, come era già accaduto in diversi altri

⁸² Posteriormente, l’utilizzo del concetto è stato ampliato, ispirando altresì la protezione di un “patrimonio comune dell’umanità”, in maniera da contrastare lo sfruttamento disordinato delle risorse naturali. Come espresso da B. EDELMAN, « Le concept juridique d’humanité », in *La personne en danger*, PUF, Paris 1999, l’umanità si presenta come concetto giuridico adeguato al fine di combattere tutte le forme di barbarie moderna, originate dallo Stato o dalla tecnoscienza.

⁸³ Poco più di 20 anni dopo, giunse una seconda ondata di democratizzazione in Europa: La Costituzione portoghese del 1976, promulgata dopo il lungo periodo della dittatura salazarista, dispone nel suo articolo 1°: “Il Portogallo è una Repubblica sovrana fondata, tra gli altri valori, sulla dignità della persona umana e sulla volontà popolare, ed è impegnata nella costruzione di una società libera, giusta e solidale” e la Costituzione spagnola del 1978, adottata dopo la fine della Repubblica franchista, che enuncia all’articolo 10, 1: “La dignità della persona, i diritti inviolabili che le sono inerenti, il libero sviluppo della personalità, il rispetto della legge e dei diritti altrui sono fondamenti dell’ordine politico e della pace sociale” e tante altre ancora.

⁸⁴ P. PERLINGIERI, *Interpretazione e legalità costituzionale*, cit., p. 7.

Paesi. Nel diritto brasiliano, pertanto, dopo più di due decenni di dittatura militare, il testo costituzionale democratico ha stabilito, nell'articolo 1, III, la dignità della persona umana come uno dei "fondamenti della Repubblica".⁸⁵ La dignità umana, pertanto, nonostante sia da essa protetta, non è stata creata dall'ordine costituzionale.⁸⁶ La Costituzione ha consacrato il principio, e considerandone la preminenza, l'ha proclamato come appartenente al novero dei principi fondamentali, attribuendogli valore di fondamento dell'ordine giuridico democratico. Come affermato da Kant a proposito dell'ordine morale, infatti, è sulla dignità umana che l'ordine giuridico democratico si basa e si costituisce.

Per poter dedurre le sue conseguenze giuridiche pertinenti, è opportuno tornare per un momento ai postulati filosofici che, dalla costruzione kantiana, hanno guidato il concetto di dignità come valore intrinseco delle persone umane. In base alle idee di Kant, si considera che l'umanità delle persone risieda nel fatto che esse sono razionali, dotate di libero arbitrio e della capacità di interagire con gli altri nonché con la natura,⁸⁷ e che sarà "disumano", cioè contrario alla dignità umana, tutto ciò che possa ridurre la persona (il soggetto di diritti) alla condizione di oggetto.

Il substrato materiale della dignità così intesa, quindi, può essere scomposto in quattro elementi distinti: (i) il soggetto morale riconosce l'esistenza degli altri quali soggetti uguali a lui; (ii) meritevoli dello stesso rispetto, per ciò che attiene all'integrità psicofisica, di cui egli è titolare; (iii) dotato di libero arbitrio, di autodeterminazione; (iv) e parte del gruppo sociale, dal quale ha la garanzia di non venire emarginato⁸⁸. Di questa elaborazione filosofica sono quindi corollari i principi giuridici (i) dell'uguaglianza; (ii) dell'integrità fisica e morale – psicofisica; (iii) della libertà e (iv) della solidarietà.

Questa scomposizione serve inoltre a dimostrare che, sebbene possano esistere conflitti tra due o più situazioni giuridiche soggettive, ognuna delle quali sostenuta da uno di detti principi, conflitti, pertanto, tra principi di uguale importanza gerarchica, l'ago della bilancia, la misura della ponderazione, l'obiettivo da raggiungere, risultano già determinati, *a priori*, a favore del principio della dignità umana. Soltanto gli elementi

⁸⁵ "Art. 1. La Repubblica Federale del Brasile, formata dall'unione indissolubile di Stati, Comuni e Distretto Federale, si costituisce come Stato democratico di diritto fondato su: I. sovranità; II. cittadinanza; III. dignità della persona umana; IV. i valori sociali del lavoro e della libera iniziativa, V. il pluralismo politico".

⁸⁶ J. AFONSO da SILVA, "A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia", in *Revista de Direito Administrativo*, n. 212, 1998, p. 89-90.

⁸⁷ M. CHAUI, *Convite à filosofia*, cit., p. 337.

⁸⁸ M. CHAUI, *Convite à filosofia*, cit., p. 338.

che siano, a loro volta, principi fondamentali, chiamiamoli ‘sotto-principi’, possono essere relativizzati e bilanciati.

La tutela della dignità, così come avviene nell’ambito della giustizia, si integra nel caso concreto, qualora il bilanciamento venga realizzato, dall’operatore giuridico, in modo adeguato. La dignità della persona umana funge da principale criterio materiale per la valutazione degli interessi, allorquando si verifichi una collisione di principi. Questo perché la dignità stessa, “essendo un fine e non un mezzo per l’ordinamento costituzionale, non può essere soggetta a valutazioni”,⁸⁹ rappresentando, invece, l’obiettivo da raggiungere.⁹⁰

Questo procedimento, evidentemente, può essere realizzato soltanto nei casi concreti.⁹¹ In teoria, tutti i principi fondamentali devono essere ugualmente efficaci; possono cedere però, in taluni casi, al cospetto di un altro principio di identico livello.⁹² Spetterà al giudice, e al giurista, pertanto, l’onere argomentativo di giustificare la motivazione razionale della scelta effettuata.

Non è necessario, evidentemente, che occorra una collisione di principi, né che siano coinvolti diritti soggettivi da proteggere. In Brasile, come in Italia, è l’ordine costituzionale che stabilisce la protezione umana da qualsiasi lesione (o minaccia di lesione) ingiustificata. Lo stesso danno ingiusto, peraltro, può violare più di un aspetto della dignità: la libertà e l’uguaglianza oppure l’integrità psicofisica e la solidarietà, e così via. In questi casi, è bene considerarla ai fini del *quantum* della compensazione. Si sostiene, infine, che il danno ingiustificato ad uno di questi aspetti della persona umana avrà un necessario “impatto modificativo *in pejus*” sul quotidiano della vittima, anche se, a volte, di breve durata.⁹³

4. Il danno alla persona come violazione della dignità umana

⁸⁹ D. SARMENTO, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, Lumen Juris, Rio de Janeiro 2000, p. 196.

⁹⁰ T. KHAITAN, Dignity as an Expressive Norm: Neither a Vacuous Nor a Panacea, in *Oxford Journal of Legal Studies* (2011), pp. 1–19, secondo il quale il concetto è male utilizzato allorché viene posto al servizio di moralismo e paternalismo, come nel caso del lancio del nano (M. Wackenheim v. France Communications n° 854/1999 UN Doc CCPR/C/75/D854/1999).

⁹¹ Sulla problematica del particolarismo, cfr. J. J. MORESO, “Conflitti tra principi costituzionali”, *Diritto & questioni pubbliche*, n. 2, 2002, p. 22 ss.

⁹² In realtà, Robert ALEXY, sostiene che in tali circostanze si debba dire che un principio *precede* l’altro: v., al riguardo, J. J. MORESO, “Conflitti”, cit., p. 29.

⁹³ In Italia ora chiamato “danno esistenziale”: v., da ultimo, Cassazione Civile, Sez. III, n. 22.585, del 3 ottobre 2013, Pres. Uccella, Est. Travaglino. P.M. Russo, con commento di P.G. MONATERI, “L’ontologia dei danni non patrimoniali”, reperibile nel sito <http://works.bepress.com/monateri/20>.

È stato argutamente evidenziato che le situazioni giuridiche soggettive da tutelare non si esprimono esclusivamente sotto forma di diritti soggettivi, ma altresì di diritti potestativi, doveri, obblighi, oneri, ecc.: “Al centro dell’ordinamento c’è la persona, non come volontà di realizzarsi in modo libertario, ma quale valore da preservare anche nel rispetto di sé stessa”.⁹⁴ Di qui l’insufficienza della nozione di diritti (soggettivi) della personalità per tutelare la persona umana.

Essendo la personalità un valore⁹⁵ unitario e tendenzialmente scevro di limitazioni, non si potrà negare tutela a chi richieda il riconoscimento di una garanzia riguardante un aspetto della propria esistenza per il quale non esista una previsione specifica, poiché quell’interesse ha rilevanza a livello costituzionale ed è, perciò, meritevole di tutela. La persona e i suoi aspetti esistenziali sono garantiti dal principio della dignità umana e concretamente protetti da un’autentica clausola generale di tutela.⁹⁶ Ne consegue che la nozione di danno non patrimoniale dev’essere estesa corrispondentemente, essendo stato definito, su questa linea, che il danno non patrimoniale è ingiusto allorché venga cagionato a “quanto di interessi esistenziali protetti a livello costituzionale, quali la vita, la salute, la dignità umana”.⁹⁷

Come già accennato, il suo fulcro è costituito dall’uguaglianza, dall’integrità psicofisica, dalla libertà e dalla solidarietà. Ciò significa che devono essere inibiti, o riparati, in tutte le loro sfaccettature, i danni sofferti che possono essere ricondotti alla conformazione di trattamenti ingiustificatamente disuguali; ad attentati alla salute, intesa nella sua più ampia accezione di benessere psicofisico e sociale (c.d. danno biologico); a costrizioni e limitazioni della libertà individuale, con particolare attenzione alle situazioni esistenziali e alle decisioni spiccatamente personali oggi presenti nel quotidiano; al disprezzo della solidarietà familiare e sociale, perché l’ordine costituzionale non ammette l’emarginazione, né l’indifferenza. In tutti i rapporti giuridici, pur se derivanti da vincoli familiari, in caso di lesione alla parità, all’integrità psicofisica, alla libertà e alla solidarietà familiare, i danni morali potranno essere

⁹⁴ Così P. PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, Renovar, Rio de Janeiro 2007, pp. 298-299.

⁹⁵ Per tutti, v. P. PERLINGIERI, *Interpretazione*, cit., p. VIII: “In sintesi la dignità umana, con la Costituzione del 1948, assurge a valore centrale e pregevole l’intero sistema ordinamentale vigente”.

⁹⁶ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico* Jovene, Napoli 1972, p. 139. Tale clausola ha l’obiettivo di proteggere la persona con le sue molteplici caratteristiche, in ciò “che le è proprio”, aspetti, questi, che si ricompongono nella garanzia della sua dignità, valore unificante della personalità da tutelare.

⁹⁷ P. PERLINGIERI, “L’art. 2059 c.c. uno e bino: un’interpretazione che non convince”, in *Rassegna di diritto civile*, 2003, p. 769 ss.; ID., “L’onnipresente art. 2059 c.c. e “la tipicità” del danno alla persona”, in *Rassegna di diritto civile*, 2009, p. 520 ss.

risarcibili.⁹⁸

In qualsiasi situazione concreta, quindi, detti principi possono entrare in collisione. In tal caso, com'è attualmente intendimento maggioritario, sarà necessario ponderare, esaminando gli interessi contrastanti relativamente al loro fondamento, ossia, in riferimento alla dignità umana stessa. Per risolvere il conflitto tra i principi citati, sarà indispensabile valutare gli interessi di ciascuna delle parti per verificare quale di essi, nel caso specifico, prevarrà (*rectius*, avrà maggiore peso) sull'altro.⁹⁹ Ciò significa che, date due situazioni giuridiche soggettive, ognuna relativa a uno dei principi accennati, pertanto in conflitto (*rectius*, collisione) di principi fondamentali, l'apprezzamento del peso, nel caso concreto, sarà condotto con l'intento di raggiungere il risultato maggiormente prossimo alla realizzazione della dignità umana nell'ambito del sistema preso in considerazione.

Un buon esempio di tale questione può essere quello della rottura ingiustificata del fidanzamento. In Brasile, a volte, il tribunale determina il risarcimento dei danni morali in ragione dei disagi causati dalla rottura ingiustificata, come violazione della condotta di buona fede o, eventualmente, come illecito civile. Anche in dottrina, a questo proposito, si è affermato che qualora il pentimento di una parte, senza ragioni che legittimino tale atteggiamento, provochi sofferenza all'altra, la parte lesa ha il diritto di ottenere un risarcimento.¹⁰⁰

Nella risoluzione di questo conflitto, l'interesse maggiormente garantito dal sistema e, cioè, l'interesse più conforme alla comprensione che l'ordinamento offre alla tutela della persona umana, dovrà prevalere sull'altro. Gli interessi contrapposti sono, da un lato, la libertà di sposarsi o non sposarsi e, dall'altro, l'integrità psicofisica (la sofferenza) del soggetto leso. È bene notare, tuttavia, che non vi è atto che l'ordinamento civile consideri maggiormente vincolato alla libertà individuale, dipendente unicamente dalla volontà di entrambi e di ognuno dei coniugi, che il matrimonio. A sostegno di quest'affermazione si considerino diversi dispositivi del codice del 2002,¹⁰¹ che tessono le lodi dell'atto di volontà.¹⁰²

⁹⁸ Con l'applicazione dei principi fondamentali nell'ambito della famiglia, questo modello è stato denominato da alcuni sociologi (ad es. Anthony Giddens) "democratizzazione della famiglia". V., in questo senso, M. C. BODIN DE MORAES, "A família democrática", in *Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional*, Renovar, Rio de Janeiro 2010.

⁹⁹ R. ALEXY, "Constitutional Rights, Balancing and Rationality". *Ratio juris*. Vol. 16, n. 2, giugno/2003.

¹⁰⁰ Y. S. CAHALI, *Dano moral*. RT, São Paulo 2011, p. 569.

¹⁰¹ In particolare, Codice civile 2002, artt. 1.514, 1.535 e spec. l'art.1.538, secondo il quale: "La celebrazione del matrimonio sarà sospesa immediatamente qualora alcuna delle parti: I - rifiuti l'affermazione solenne

In realtà, il significato dell'espressione "rottura senza giustificato motivo" dev'essere inteso nel senso che non v'è più la volontà – giuridicamente protetta – di sposarsi. Non si nega che il dolore e la sofferenza causati da una separazione indesiderata siano intensi e profondi, ma, ai fini della soluzione del conflitto, almeno in teoria, il principio dell'integrità psicofisica deve cedere dinanzi al principio della libertà, più coerente, in questo caso, con la dignità umana delle persone coinvolte.

Qui, la portata della giustificazione della volontà di non sposarsi andrebbe confinata all'area dei motivi irrilevanti. Ciò che sembra rilevante, invece, è il modo o la forma in cui è accaduto il recesso, che è giustamente la situazione concreta da sottoporre a controllo giudiziale: una cosa è rompere il fidanzamento prima del matrimonio, un'altra è che uno dei nubendi dica no, sull'altare, apostrofando l'altro di libertino, per così dire, al cospetto degli invitati. In quest'ultimo caso, non si sposterà, visto che continua a godere della libertà di unirsi o meno in matrimonio, ma avrà senza dubbio abusato della libertà concessagli dall'ordinamento. L'integrità psicologica dell'altra parte, tuttavia, avrà subito grave pregiudizio, che colpisce, mettendola a repentaglio, la sua dignità, e pertanto dovrà essere compensata, attraverso il risarcimento dei danni non patrimoniali.

Il bilanciamento non servirà, dunque, a creare una regola, da applicare a tutti i casi di rottura di fidanzamento; sembra impossibile, a tal riguardo, non considerare tutte le circostanze del caso concreto giacché la risposta giurisdizionale, per essere veramente

della sua volontà; II - dichiarare che la volontà non è libera e spontanea; III - manifestare pentimento. Comma unico. Non sarà consentito al fidanzato che dà luogo alla sospensione, per qualsivoglia dei fatti citati nel presente articolo, di sposarsi nello stesso giorno.

¹⁰² La Cassazione si è pronunciata recentemente sulla questione (Cass. Civ., Sez. VI, 02.01.2012, n. 9). La massima merita di essere trascritta: "- La rottura della promessa di matrimonio formale e solenne – risultante, cioè, da atto pubblico o scrittura privata, o dalla richiesta delle pubblicazioni matrimoniali (come nel caso di specie, ove il ricorrente ha esercitato il recesso solo due giorni prima della data fissata per la celebrazione delle nozze) - non può considerarsi comportamento lecito, come assume il ricorrente, allorché avvenga senza giustificato motivo. - È indubbio che tale comportamento non genera l'obbligazione civile di contrarre il matrimonio, peraltro il recesso senza giustificato motivo configura pur sempre il venir meno alla parola data e all'affidamento creato nel promissario, quindi la violazione di regole di correttezza e di auto-responsabilità, che non si possono considerare lecite o giuridicamente irrilevanti. - Poiché, tuttavia, la legge vuole salvaguardare fino all'ultimo la piena ed assoluta libertà di ognuno di contrarre o non contrarre le nozze, l'illecito consistente nel recesso senza giustificato motivo non è assoggettato ai principi generali in tema di responsabilità civile, contrattuale o extracontrattuale, né alla piena responsabilità risarcitoria che da tali principi consegue, poiché un tale regime potrebbe tradursi in una forma di indiretta pressione sul promittente nel senso dell'accettazione di un legame non voluto. Ma neppure si vuole che il danno subito dal promissario incolpevole rimanga del tutto irrisarcito - La composizione delle due opposte esigenze ha comportato la previsione a carico del recedente ingiustificato non di una piena responsabilità per danni, bensì di un'obbligazione *ex lege* a rimborsare alla controparte quanto meno l'importo delle spese affrontate e delle obbligazioni contratte in vista del matrimonio. Non sono risarcibili voci di danno patrimoniale diverse da queste e, men che meno, gli eventuali danni non patrimoniali".

ragionevole e proporzionale, dev'essere sempre coerente con esse. Recentemente, la Corte di Cassazione brasiliana ha assunto una decisione nel senso qui sostenuto.¹⁰³ La pronuncia apre una nuova via d'interpretazione in relazione ai danni non patrimoniali in Brasile, e sarà possibile consolidare l'idea secondo cui soltanto gli interessi ricollegabili a diritti fondamentali della persona meritino d'essere realmente risarciti, una volta fatte le debite considerazioni.¹⁰⁴

Benché sia impossibile evidenziare il contenuto di ognuno di quei principi ai fini di offrire un bilancio del nucleo referenziale del concetto giuridico di dignità umana, considerata soprattutto la molteplice composizione delle dimensioni di ciascuno di essi, è doveroso indicare alcuni dei problemi suscitati da tali principi, la maggior parte delle soluzioni dovrà essere elaborata tramite il loro bilanciamento, nell'ambito di ogni singolo caso concreto.

5. Lesioni all'uguaglianza e all'integrità psicofisica

Il principio di uguaglianza è uno di quelli che più si prestano a instaurare *hard cases* – casi la cui soluzione, proprio perché non esiste un'unica risposta corretta, non sempre soddisfa il sentimento personale di giustizia dell'interprete. La soluzione di questi casi rappresenta attualmente uno degli aspetti più interessanti dell'applicazione del Diritto. La necessità metodologica di applicare i principi costituzionali a tutte le relazioni giuridiche, incluse quelle intersoggettive, ha fatto sì che si moltiplicassero i casi di

¹⁰³ STJ, 3° T., REsp 1.292.141, Rel. N. Andrichi, 04.12.2012, pubbl. 12.12.2012. Consta dalla pronuncia: “Il riconoscimento dei danni morali come una categoria di danno risarcibile, anche prima dell'entrata in vigore del nuovo codice civile brasiliano, ha subito una rapida evoluzione a causa della sua conformazione ai paradigmi della Costituzione del 1988. La priorità dell'essere umano nell'ordinamento nazionale impone che ogni legge debba convergere sulla sua massima tutela e protezione. Si richiede, pertanto, sia un immediato ripudio delle violazioni della dignità della vittima, sia la responsabilità civile allorquando risultino già perpetrati danni non patrimoniali. (...) Va notato, inoltre, che le sensazioni che risultano abitualmente legate all'esperienza delle vittime di danni morali, non traducono il danno in sé, ma la sua causa diretta. In altre parole, non è il dolore, anche assumendo questo termine nel senso più ampio, ma la sua origine – derivante da un danno ingiusto – che dimostra l'esistenza di un danno morale o non patrimoniale risarcibile (Bodin de Moraes, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar 2007, p. 130). In questo modo, la giurisprudenza del “Superior Tribunal de Justiça” incorpora la dottrina sviluppata sulla natura giuridica dei danni morali e conclude a favore della possibilità di risarcimento a prescindere dall'esistenza di dolore, che è visto, quindi, come un risultato intrinseco alla propria condotta che colpisce ingiustamente la dignità dell'essere umano”.

¹⁰⁴ La massima della decisione sopra citata stabilisce: “Diritto civile – Ricorso speciale (...) Ogni qual volta sia dimostrato il verificarsi di una violazione ingiusta della dignità della persona umana, non è necessario provare il dolore e la sofferenza affinché sia riconosciuto un danno non patrimoniale. Secondo la dottrina e la giurisprudenza della Corte, nei casi di violazione di un diritto fondamentale, così designato dalla Costituzione, la conseguenza è una violazione inevitabile della dignità umana. La compensazione, in questi casi, non dipende dalla comprovazione del dolore poiché risulta in *re ipsa*, cioè, intrinseco alla condotta che ingiustamente viola la dignità dell'essere umano. Va notato, inoltre, che queste sensazioni (dolore e sofferenza), che sono abitualmente legate all'esperienza delle vittime di danni morali, non traducono il danno in sé, ma la sua causa diretta”.

collisione di principi. Sono tali i casi che, per influenza nordamericana, formano la categoria dei cosiddetti “casi difficili”.¹⁰⁵

Un caso rappresentativo è avvenuto negli Stati Uniti, in tema di competizioni sportive.¹⁰⁶ In determinati circuiti dell’Associazione Professionisti di Golf Americano (PGA), che riunisce l’élite di questo sport, si esige che i competitori percorrano a piedi la distanza tra le buche. Un atleta portatore di una rara sindrome a una delle gambe, ha rivendicato il diritto di fare il percorso su un mezzo di locomozione elettrico poiché, col passare del tempo, le lunghe ed estenuanti camminate gli avrebbero provocato forti dolori. Con la maggioranza di sette voti a due la Corte Suprema ha considerato che l’obbligatorietà di percorrere a piedi tali distanze non era “fondamentale” per la natura del gioco, né produceva qualsivoglia “*unfair advantage*”.¹⁰⁷

Un altro caso, questo clamoroso, è relativo alla sordità come “identità culturale”. La notizia, divulgata nel 2002 e fonte di intense reazioni nell’opinione pubblica mondiale, tratta della scelta fatta da una coppia omosessuale, Sandra Duchesneau e Candy McCullough, sorde dalla nascita, di generare un figlio portatore della stessa ‘deficienza’. La coppia cercò invano una banca del seme che soddisfacesse la loro aspirazione e, dopo che la richiesta era oramai stata rifiutata da tutti gli stabilimenti del settore, finì per utilizzare il seme di un amico nella cui famiglia la sordità si manifestava da cinque generazioni. Nel giustificare questa scelta, la coppia ha affermato di ritenere che la sordità non rappresentasse una deficienza, bensì un’identità.¹⁰⁸

Il vincolo di partecipazione in una società basata sul pluralismo comprende, sempre più, il rispetto dei diritti dei membri delle diverse culture minoritarie – ed è questo l’unico mezzo atto a proteggere la persona umana nelle sue relazioni concrete, non più il concetto astratto di “cittadino”, legato storicamente all’esercizio dei diritti politici. Su quest’aspetto, gli Stati europei, anche a causa di retaggi colonialisti, affrontano i dilemmi posti dalle attuali e complesse dimensioni attribuite al diritto

¹⁰⁵ M. ATIENZA, Para una razonable definición de razonable, in *Doxa*, n. 4, 1987, p. 194. Secondo l’A., “en principio podría entenderse que un caso es difícil si, aplicando criterios de racionalidad estricta, resultaría que: a) el caso no tiene solución; b) tiene una solución que resultaría inaceptable; c) tiene más de una solución (incompatibles entre sí)”.

¹⁰⁶ PGA TOUR, Inc v. MARTIN - 532 U.S. 661 (2001). Questa decisione è stata considerata un’importante vittoria per la comunità dei disabili.

¹⁰⁷ La tesi soccombente ha inteso che sarebbe della natura stessa degli sport competitivi la comparazione tra abilità “disugualmente” distribuite, e che non spetta al Tribunale interferire sulla determinazione di ciò che sarebbe fondamentale o meno in quell’ambito sportivo.

¹⁰⁸ Su questo caso, v. S. WILKINSON; E. GARRARD, “Choosing Disability”, reperibile nel sito <http://www.keele.ac.uk/media/keeleuniversity/ri/risocsci/eugenics2013/Choosing%20Disability%20.pdf>. Low %20Res.pdf

all'uguaglianza. "La sfida che la realtà sociale multiculturale lancia alla riflessione teorica sul diritto e sulla politica è quella di provare a elaborare un concetto di integrazione sociale che prescindendo dalla semantica della "comunità politica omogenea" – ormai impraticabile –, cercando di concepire una "solidarietà tra estranei".¹⁰⁹

In questo scenario, merita di essere ricordato l'imperativo interculturale invocato da Boaventura de Sousa Santos: "Le persone e i gruppi sociali hanno il diritto di essere uguali quando la differenza li pone in stato d'inferiorità, e il diritto di essere diversi quando l'uguaglianza elimina il loro elemento caratterizzante".¹¹⁰ Diventa quindi necessario interpretare e applicare il diritto a partire dal rispetto della differenza, che deve prevalere, rendendo possibile la coesistenza pacifica delle diverse concezioni di vita, consapevoli di ciò che le distingue e di ciò che le unisce – ovvero, la singolarità di ognuna e l'uguale dignità di tutte le persone.¹¹¹

Il nucleo giuridico della dignità umana è sempre stato riferito prevalentemente al principio della protezione dell'integrità psicofisica della persona umana. Qui sono contemplati, tradizionalmente, il diritto di non essere torturati e il diritto ad essere titolare di determinate garanzie penali, quali il trattamento del detenuto in carcere e durante gli interrogatori, la proibizione di pene crudeli, ecc. Nella sfera civile l'integrità psicofisica ha l'obiettivo di garantire vari diritti della personalità (vita, corpo, nome, onore, immagine, intimità, identità personale), essendo oggi istituito ciò che si potrebbe considerare come un amplissimo "diritto alla salute", inteso come lo stato di benessere psicofisico e sociale¹¹². Questo principio include, inoltre, il diritto ad un'esistenza degna, essendo previsto dal testo costituzionale brasiliano uno stipendio minimo tale da soddisfare le necessità vitali di base del lavoratore e della sua famiglia

¹⁰⁹ J. HABERMAS, "Solidarietà tra estranei". *Interventi su "Fatti e norme"*, Guerini e Associati, Milano 1997, citato da F. BELVISI, "Società multiculturale, Costituzione e diritto", cit., p. 7.

¹¹⁰ B. de S. SANTOS, "As tensões da modernidade", *Biblioteca das Alternativas* (2001), testo reperibile in <http://www.antroposmoderno.com/textos/astensoes.shtml>.

¹¹¹ Su questa uguale dignità, afferma J. A. y FLÓREZ-VALDÉS, *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid 1990, p. 147, ricorrendo alle lezioni di Hernández Gil: "[...] la persona, ante al Derecho, ha llegado a dar expresión unívoca a una dignidad que no es susceptible de medida ni de variabilidad; toda persona, por serlo, tiene el mismo coeficiente de dignidad." V. anche P. PERLINGIERI, *Perfis de direito civil*, cit., p. 37, per il quale "i principi della solidarietà e dell'uguaglianza sono strumenti e risultati dell'operato della dignità sociale del cittadino."

¹¹² La salute è stata definita, nel 1948, dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), come "uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non consiste soltanto in un'assenza di malattia o di infermità". Nel 1984, la c.d. Carta di Ottawa ha fornito una definizione della promozione della salute: "La promozione della salute è il processo che conferisce alle popolazioni i mezzi per assicurare un maggior controllo sul loro livello di salute e migliorarlo. Questo modo di procedere deriva da un concetto che definisce la salute come la misura in cui un gruppo o un individuo possono, da un lato, realizzare le proprie ambizioni e soddisfare i propri bisogni e dall'altro, evolversi con l'ambiente o adattarsi a questo. La salute è dunque percepita come risorsa della vita quotidiana e non come il fine della vita: è un concetto positivo che mette in valore le risorse sociali e individuali, come le capacità fisiche. Così, la promozione della salute non è legata soltanto al settore sanitario: supera gli stili di vita per mirare al benessere".

(articolo 7^o, IV, della Costituzione).

Attualmente, le maggior parte delle perplessità sul tema riguardano lo straordinario sviluppo della biotecnologia e le sue conseguenze sulla sfera psicofisica della persona. Così, ad esempio, nell'ambito del biodiritto, campo ancora privo di una normativa giuridica adeguata, si affrontano grossi problemi decorrenti dalla riproduzione assistita – come quelli posti dalla procreazione *post mortem* e dal destino degli embrioni congelati –, dalla privacy dei dati genetici, dalla sperimentazione sugli esseri umani,¹¹³ dagli atti di disposizione sul proprio corpo, dal cambiamento di sesso, procedimenti del tutto realizzabili ora, con lo sviluppo, sempre più veloce, delle necessarie tecnologie.

Tali questioni, designate anche come processi concernenti i diritti umani di quarta 'dimensione',¹¹⁴ presentano alcuni effetti particolarmente spaventosi, decorrenti dalla possibilità di manipolazione del patrimonio genetico umano. Le possibilità aperte dalla mappatura dei nostri geni risultano essere polemiche ed eticamente controverse.¹¹⁵ La scienza, qualunque scienza, non ha coscienza né limiti, ad eccezione delle limitazioni che essa stessa s'impone come compito da superare, e che alla fine, di fatto, riesce a vincere. Lasciando le scienze e le tecniche alla totale spontaneità del loro sviluppo interno, un'unica cosa è certa: "Tutto il possibile sarà fatto", come previsto da un noto principio.¹¹⁶

Dinanzi all'attuale e potenziale moltiplicarsi di dilemmi relativi alla pratica quotidiana della biomedicina, sorge la necessità che vengano tracciati limiti esterni che siano, necessariamente, sia di natura etica che di carattere giuridico.

A tal proposito è opportuno far riferimento alla "Convenzione dei Diritti dell'Uomo e della Biomedicina", firmata dai Paesi membri del Consiglio d'Europa nel 1997. Questa Convenzione proibisce la clonazione, la manipolazione genetica che possa alterare il patrimonio genetico dei discendenti, la scelta del sesso dei figli (fatto salvo il caso in cui

¹¹³ V. l'analisi di B. EDELMAN, "Expérimentation sur l'homme: une loi sacrificielle", in *La personne en danger*, PUF, 1999, pp. 323-340.

¹¹⁴ Tra gli autori che adottano la classificazione delle quattro "generazioni" dei diritti umani, elaborata da Bobbio, P. BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, Malheiros, São Paulo 1998, suggerisce l'uso della parola "dimensione", per indicare che i diritti in questione convivono tra di loro e non vengono sorpassati gli uni dagli altri, come nel caso delle generazioni.

¹¹⁵ Per esemplificare la complessità delle problematiche coinvolte, basti ricordare che grazie alla medicina preventiva è già possibile prevedere, tramite test genetici, diverse predisposizioni a svariate malattie, come la fibrosi cistica o il cancro. A chi appartengono queste informazioni? Ragionando per estremi, potrebbe un membro di una famiglia, ora ammalato perché non informato da un altro a tempo circa la sua potenzialità genetica, pretendere di essere indennizzato?

¹¹⁶ A. COMTE-SPONVILLE, *Bom dia, angústia!*, Martins Fontes, São Paulo 1997, p. 61.

lo scopo sia proprio quello di evitare una grave malattia ereditaria legata al sesso), l'uso a fini di lucro di qualsiasi parte del corpo umano, e la creazione di embrioni umani per la ricerca. Essa esige, inoltre, il consenso espresso, libero e consapevole alla realizzazione di qualsivoglia intervento medico, eccetto per le operazioni d'emergenza, e garantisce la privacy per quanto riguarda le informazioni sulla salute della persona.

Il principio che ci interessa, già previsto dalla Dichiarazione di Helsinki (del 1964), è presente nell'articolo 2° della Convenzione, e dispone: "Gli interessi e il benessere dell'essere umano dovranno prevalere sull'interesse esclusivo della società o della scienza".¹¹⁷ La regola esprime il concetto della non strumentalizzazione dell'essere umano, nel senso che esso non potrà mai essere fatto oggetto di interventi ed esperimenti, ma sarà, al contrario, sempre artefice del proprio destino e delle sue scelte.

Nel caso di altre categorie di diritti, come è noto, vige la regola opposta, ossia quella della prevalenza dei diritti della collettività sull'interesse individuale. Oramai, comunque, nemmeno il principio della prevalenza dell'interesse pubblico può essere considerato aprioristicamente, esulando da un giudizio di ponderazione.

D'altra parte, se non può esser imposto nessun trattamento disumano o degradante, se sulla persona non può esser condotto alcun esperimento senza il suo consenso validamente espresso e correttamente informato, se il suo interesse è quello che prevale quale interesse superiore da proteggere, cosa dire allora del diritto individuale al proprio corpo? Qual è il limite di questo diritto individuale? Qual è il limite del diritto di ogni persona a compiere atti di disposizione sul proprio corpo? Alla luce del principio prevalente della dignità umana, possiamo disporre liberamente, ancorché con autonomia e informazione, di noi stessi, del nostro corpo e della nostra mente?¹¹⁸ Qual è la sfera attuale della libertà (individuale) di determinazione? Sarà necessario esaminare i profili attuali del diritto alla libertà, prima di proporre qualsiasi risposta.

¹¹⁷ "Article 2 – Primacy of the human being. The interests and welfare of the human being shall prevail over the sole interest of society or science." Nella Dichiarazione di Helsinki, l'art. 5 stabilisce: "Every biomedical research project involving human subjects should be preceded by careful assessment of predictable risks in comparison with foreseeable benefits to the subject or to others. Concern for the interests of the subject must always prevail over the interests of science and society".

¹¹⁸ Il riferimento obbligatorio circa i limiti dell'azione dell'individuo in questo campo, si deve, ancora una volta, all'elaborazione di Kant, presente nella *Metafisica dei costumi*, del 1797, nella quale, in rigorosa sintesi, il filosofo adotta il seguente ragionamento: "L'uomo non può disporre di sé stesso poiché non è una cosa; egli non è proprietà di sé stesso, giacché ciò sarebbe contraddittorio. Nella misura, infatti, in cui è una persona, egli è un soggetto al quale può spettare la proprietà di altre cose. Se, invece, fosse una proprietà di sé stesso, egli sarebbe una cosa, di cui potrebbe rivendicare il possesso. Ora, però, è una persona, il che differisce da una proprietà; perciò egli non è una cosa, perché è impossibile essere, allo stesso tempo, una cosa e una persona, facendo coincidere il proprietario con la proprietà. In base a ciò, l'uomo non può disporre di sé stesso."

6. Segue. Lesioni alla libertà e alla solidarietà

I concetti di libertà e di autonomia privata sono stati a lungo considerati, dal punto di vista del Diritto civile, come sinonimi, essendo alquanto semplice tradurre l'uno con l'altro allorché ci si riferiva a un'uguaglianza formale nell'ambito di situazioni patrimoniali. Tale traduzione appariva semplice, giacché si attribuiva all'individuo, ad ogni singolo individuo, un ampio potere di disposizione, purché, evidentemente, esso possedesse beni da contrattare, da destinare in testamento, da acquisire, o da dividere.¹¹⁹

Oggi, invece, l'autonomia individuale è intesa, sempre più, in una prospettiva di privacy, d'intimità, di esercizio della vita privata. Libertà significa, oggigiorno, poter realizzare, senza interferenze di alcun tipo, il nostro progetto di vita, le nostre scelte individuali, esercitandole come meglio ci conviene.

Come esempi di situazioni che violano la dignità umana per offesa al principio di libertà, possiamo citare la perquisizione intima alla quale è sottoposto l'impiegato, l'esame tossicologico (e altri esami in generale) determinato dal datore di lavoro o, ancora, l'impossibilità ad essere sottoposti a trasfusioni di sangue per motivi religiosi, l'impossibilità di controllo sui propri dati personali. Altri esempi sono il rigore eccessivo nell'esercizio dell'autorità di parentela, la restrizione alla manifestazione del pensiero e della critica, la detenzione illegale ed ulteriori circostanze, quali segregazione domiciliare, violenza sessuale – dentro o fuori dal matrimonio – e falsa denuncia, le quali, sebbene presenti nel diritto civile, sono state tutelate principalmente dal diritto penale.

Al diritto di libertà della persona, però, sarà contrapposto – e con esso soppesato – il dovere di solidarietà sociale, già definitivamente marcato dalla coscienza che, se da un lato ormai non si può concepire l'individuo come *homo clausus* – concezione mitica e illusoria – d'altro, non devono nemmeno esistere diritti che si riferiscano a questa figura fittizia. I diritti esistono per essere esercitati in ambienti sociali, nei quali

¹¹⁹ Nel commentare il sistema di diritto privato consolidatosi con la Rivoluzione francese, M. GIORGIANNI, "O direito privado e as suas atuais fronteiras", cit., p. 39, precisa: "i due pilastri di questa concezione erano costituiti dalla proprietà e dal contratto, entrambi intesi come sfere sulle quali si esercita la piena autonomia dell'individuo"; tuttavia dev'essere riconosciuta una maggior importanza alla proprietà che al contratto (il metodo della sua acquisizione), nel sistema in cui si assisteva alla "esasperazione della difesa della proprietà, che costituiva il simbolo della libertà economica".

avvengono le relazioni tra le persone, “fondamentalmente organizzate” per vivere le une con le altre.¹²⁰

Non si tratta pertanto di imporre limiti alla libertà individuale, attribuendo maggiore rilievo alla solidarietà o viceversa. Il principio da considerare è quello della dignità della persona umana, il che fa sì che la misura della ponderazione per la sua adeguata tutela propenda ora per la libertà, ora per la solidarietà. Questa è, per l'appunto, una delle misure di applicazione del principio della dignità della persona umana: la ponderazione da fare, caso a caso, tra libertà e solidarietà – termini questi che, *stricto sensu*, sono considerati contrapposti. Quando l'imposizione della solidarietà è eccessiva, infatti, essa annulla la libertà; quando la libertà è illimitata, essa è incompatibile con la solidarietà. Quando ponderati, tuttavia, i loro contenuti diventano complementari: si ordina la libertà a favore della solidarietà sociale, in altre parole, della relazione di ogni individuo con l'interesse generale il quale, riducendo la disuguaglianza, rende possibile il libero sviluppo della personalità di ciascun membro della comunità.

Peraltro, la Costituzione, nello statuire gli obiettivi della Repubblica Federativa del Brasile, stabilisce, nell'art. 3, I, tra gli altri fini, la “costruzione di una società libera, giusta e solidale”. Lo stesso articolo, al comma III, prevede un'altra finalità da raggiungere, che completa e definisce meglio quella precedente: lo sradicamento della povertà e della marginalizzazione sociale.

I commi dell'art. 3 richiamano i Poteri pubblici ad un operato promozionale con la concezione di una giustizia distributiva volta all'uguaglianza sostanziale, spazzati via preconetti di qualunque tipo. Nel progetto costituzionale non v'è spazio per l'esclusione, né per la rassegnazione sottomessa o per l'accettazione passiva dell'enorme massa di destituiti. Secondo quanto stabilito nel testo costituzionale, la configurazione dello Stato democratico di diritto brasiliano ha come fondamento la dignità umana, e come meta prioritaria l'uguaglianza sostanziale e la solidarietà sociale, nel determinare “la correzione delle disuguaglianze sociali e regionali”.

Il fatto che il legislatore costituente faccia riferimento esplicito alla solidarietà

¹²⁰ N. ELIAS, *Norbert Elias por ele mesmo* (1990), Zahar, Rio de Janeiro 2001, p. 97-99 e H. ARENDT, *A condição humana*, cit., *passim*.

stabilisce, nell'ordinamento brasiliano, un principio giuridico innovatore¹²¹ di cui tener conto non soltanto al momento dell'elaborazione della legislazione ordinaria e nell'esecuzione delle politiche pubbliche, ma anche nei momenti d'interpretazione e applicazione dell'ordinamento¹²² da parte dei suoi operatori e di altri destinatari, ovvero da parte di tutti i membri della società.¹²³

Se la solidarietà, di fatto, trova origine e ragion d'essere nella necessità imprescindibile della coesistenza umana, la solidarietà come valore deriva dalla coscienza razionale degli interessi in comune che implicano, per ciascun membro, l'obbligo morale di “non fare agli altri ciò che non desidera sia fatto a lui”.¹²⁴ Questa regola non ha contenuto materiale, enunciando una formula, quella della reciprocità¹²⁵, la quale indica che “ogni individuo, qualunque cosa possa voler fare, deve farlo mettendosi, in qualche modo, nei panni dell'altro”.¹²⁶ Questo è il concetto dialettico del “riconoscimento” del prossimo.¹²⁷

Alla base dell'idea di reciprocità, vi è quella della comunità di uguali che, tuttavia, sotto il dominio dell'uguaglianza formale, deve essere intesa in senso specifico, tanto di fatto quanto di diritto: nel senso dei fatti, mostrando che le disuguaglianze non sono mai

¹²¹ Secondo l'intendimento di P. BONAVIDES, *Curso*, cit., p. 259, il principio della solidarietà è uno di quelli che più si prestano a ossigenare la Costituzione, conferendole unità di senso e convalidando la valorizzazione dell'ordine normativo del sistema costituzionale.

¹²² In questo senso, P. PERLINGIERI, *La personalità umana*, cit., p. 161, sostiene: “Alla luce del principio solidaristico devono essere lette non soltanto le altre norme costituzionali, ma tutto l'ordinamento giuridico [...]”. Dall'Italia, fra l'altro, è giunto un eccellente esempio di applicazione del principio della solidarietà in un rapporto privato: la decisione della Corte di Cassazione (Cass. Civ., Sez. I, 16.03.1999, n. 2315), che ha stabilito che il marito che abbia acconsentito alla fecondazione artificiale eterologa di sua moglie non può successivamente promuovere un'azione di disconoscimento della paternità. Nella motivazione contenuta nella pronuncia collegiale si legge: “La norma che permettesse detta condizione, per mezzo di una statuizione giudiziale resa proprio su istanza del soggetto che abbia determinato o concorso a determinare la nascita con il personale impegno di svolgere il ruolo di padre, eluderebbe il principio di solidarietà, cardine dell'assetto costituzionale”.

¹²³ Il principio di solidarietà è, anch'esso, promanante dal fatto sociale, nella misura in cui non si può concepire un uomo solo – come ha preteso farci credere Robinson Crusoe, personaggio di Daniel Defoe (1719). Usando il già allora mito di Crusoe, l'eroe sull'isola deserta, Rousseau ha elaborato *Emilio o dell'educazione*, nel 1762, opera divenuta famosissima, trattandosi di vero e proprio manuale pedagogico. Oggi, invece, si considera che l'individuo possa essere pensato soltanto come inserito in una società, cioè come parte di una struttura sociale, più o meno coesa, in cui l'interdipendenza è la regola e, pertanto, l'apertura verso l'altro è una necessità.

¹²⁴ Molto interessante è l'esposizione di queste e di altre regole etiche, contenute nei diversi modelli di comportamento, fatta da C. SAGAN, “Le regole del gioco”, in *Bilhões e bilhões*, Cia. das Letras, São Paulo 1998, pp. 197-209.

¹²⁵ Come si sa, è stata questa la regola ispiratrice, nel XX secolo, del comportamento di Gandhi e di Martin Luther King, *leaders* di movimenti di disobbedienza civile o di non cooperazione pacifica, i quali insegnavano a non rispondere alla violenza con la violenza, ma a sopportarla senza obbedienza o sottomissione (SAGAN, o.l.u.c.).

¹²⁶ F. EWALD, “Justiça, igualdade, juízo” in *Foucault, a norma e o direito*, Vega, Lisboa 1993, p. 146, il quale aggiunge: “Essa [la ‘regola d'argento’] non mi obbliga ad uscire da me stesso, fa dell'altro un altro io. Non aliena la mia volontà in quella di un altro; mi obbliga solo a considerarmi come un altro per un altro. Non gerarchizza; suppone, al contrario, che ciascuno sia uguale all'altro”.

¹²⁷ P. RICOEUR, *A crítica e a convicção*, Edições 70, Lisboa 2009, p. 89, ove afferma che, mentre la rivendicazione dell'“identità” risulta sempre connotata da un qualcosa di violento nei confronti dell'altro, la ricerca del riconoscimento “implica la reciprocità”.

tanto rilevanti;¹²⁸ a livello giuridico, sottovalutando le disuguaglianze di fatto affinché gli uomini possano *considerarsi* (sebbene non lo siano realmente) uguali – comunità di uguali ed uguaglianza di interessi, tuttavia, ancora riferiti a valori esclusivamente individualisti, cari a soggetti in condizione di uguaglianza¹²⁹ ed in quanto racchiusi nella loro individualità. L'unica regola di giustizia, in quest'ambiente, continua ad essere quella dell'uguaglianza di fronte alla legge.

Gli individui intesi nel significato più stretto, tuttavia, sono stati sostituiti dai gruppi organizzati, dalle comunità intermedie, dalle collettività, ciascuna delle quali ha il suo interesse specifico. In questo modo, comincia a prendere forma l'uguaglianza di diritti fondata su valori sociali, alimentata dalla solidarietà sociale, che servirà da base per l'uguaglianza sostanziale e per la giustizia sociale. Dal punto di vista giuridico, come si è detto, la solidarietà è contenuta nel principio generale istituito dalla Costituzione del 1988 con l'obiettivo di raggiungere, così, una "uguale dignità sociale". Il principio costituzionale della solidarietà s'identifica quindi con l'insieme degli strumenti volti a garantire un'esistenza degna, comune a tutti, in una società che si sviluppi come libera e giusta, senza esclusi o emarginati.

Questo è il progetto solidarista, iscritto nei principi costituzionali fondamentali, che comincia lentamente ad esser realizzato, sia per mezzo delle norme che direttamente o indirettamente affrontano tali disuguaglianze, sia, adesso, a mezzo della destinazione di risorse specifiche a tale scopo. Esempio di ciò è la modifica alla Costituzione n. 31 del 14 dicembre 2000, tramite cui è stato creato un Fondo per combattere e sradicare la povertà, con l'obiettivo di "rendere possibile a tutti i brasiliani l'accesso a livelli degni di sussistenza", le cui risorse saranno utilizzate in azioni supplementari di nutrizione, abitazione, educazione, salute, incremento del reddito familiare e in altri programmi di rilevante interesse sociale volti al miglioramento della qualità di vita.

Come si può notare, nella giuridicizzata società contemporanea, la solidarietà sociale non può più essere considerata il risultato di azioni eventuali, erratiche o caritatevoli, ma, al contrario, è divenuta un principio generale dell'ordinamento giuridico, dotato di

¹²⁸ Il riferimento è a T. HOBBS citato da F. EWALD, o.l.u.c. Hobbes afferma che le disuguaglianze non sono mai sufficientemente grandi da impedire che ciascuno abbia il potere di uccidere chiunque altro. Per questo autore, supponendo che gli uomini siano effettivamente disuguali, non vi sarebbe una misura comune in grado di permettere di considerare e gerarchizzare le loro differenze. In assenza di un tale riferimento, bisogna ammettere l'uguaglianza (di diritti).

¹²⁹ La misura è data dal "buon padre di famiglia", la designazione di origine romana dell'"uomo medio". Un'ironica accusa all'uguaglianza formale garantita dalla legge è la famosa citazione di Anatole France, del 1928, secondo la quale "la maestosa uguaglianza della legge proibisce al ricco, così come al povero, di dormire sotto i ponti, di chieder la carità per strada e di rubar del pane".

forza normativa e capace di tutelare il rispetto dovuto a ogni individuo.

Il principio della solidarietà ha un valore speciale nell'ambito delle relazioni familiari in cui, com'è noto, è stata piuttosto profonda la trasformazione avvenuta nel corso degli ultimi cinquant'anni. Sotto questo aspetto, è importante constatare il carattere strumentale delle comunità intermediarie: se tutte le persone sono ugualmente degne, nessuna istituzione potrà avere il potere di sovrapporre il proprio interesse a quello dei suoi membri. La famiglia, quindi, ormai non si trova più affondata in rigide gerarchie, tese alla preservazione del matrimonio della coppia e del patrimonio familiare, rivelandosi invece uno spazio privilegiato per la realizzazione personale di coloro che la compongono. Come esempi di questa nuova concezione spiccano, tra gli altri, l'uguaglianza tra i coniugi, l'uguaglianza tra i figli nonché la prevalenza del miglior interesse degli incapaci, come persone in via di sviluppo.

Sebbene non debba essere vista come espressione di diritto soggettivo alcuno, né qualificata come facoltà o potere, la solidarietà dev'essere intesa come il fondamento di quelle lesioni che sono occasionate nel gruppo. Essa includerebbe, pertanto, i danni subiti nell'ambito endofamiliare nelle più svariate situazioni, dalla violenza praticata contro un figlio minorenni al mancato pagamento dell'assegno di mantenimento, dal rifiuto al riconoscimento della paternità al mancato esercizio del diritto di convivenza familiare. Di qui, evidentemente, ci si addentra nei casi più conosciuti e tutelati, aventi come fondamento la solidarietà sociale: i danni provocati ai consumatori e i danni all'ambiente.

7. Conclusione

Si deve tener conto della misura della vulnerabilità della persona umana. Le polemiche riguardanti i diritti umani, i diritti fondamentali o della personalità, si riferiscono ormai alla necessità di attribuire normatività ai diritti delle persone favorendo la realizzazione del principio della dignità umana e al miglior modo di tutelarla, ovunque sorga tale necessità.

Prendiamo qui posizione rispetto alla questione della tipicità o atipicità dei diritti della personalità. Non è necessario, infatti, discutere un'enumerazione tassativa o esemplificativa di diritti della personalità perché, quando si parte dalla garanzia costituzionale della dignità umana, ci si trova dinanzi a una clausola generale di tutela della persona. La tutela della persona umana non può essere frazionata in casi isolati,

in microsistemi, in fattispecie autonome non intercomunicabili, ma dev'essere affrontata come problema unitario, in virtù del suo fondamento rappresentato dall'unità del valore della persona. Questo fondamento non può essere scisso in tanti interessi, in diversi beni, come avviene nelle teorie atomistiche. La personalità non è, pertanto, un diritto soggettivo, bensì un valore – valore fondamentale dell'ordinamento che sta alla base di una serie (aperta) di situazioni esistenziali –, nel quale si traduce la sua esigenza di tutela, incessantemente mutevole.¹³⁰

Visto che è il valore della persona a dover essere protetto, senza limiti, fatta eccezione per quelli posti nell'interesse di altri soggetti, non si può considerare un *numerus clausus* di ipotesi tutelate. Nessuna previsione può essere esaustiva, dal momento che escluderebbe, necessariamente, nuove manifestazioni ed esigenze della persona che, col progredire della società, richiedono altresì un'evoluzione per ciò che attiene alle loro garanzie. Tale concezione, qui sostenuta, chiaramente, non si ferma al momento patologico, al momento della riparazione del danno già cagionato, ma si pone a servizio della protezione e della promozione umana in tutte le sue relazioni.

Peraltro, anche il bilanciamento che dev'essere realizzato tra i suoi elementi non servirà mai a creare una regola, da applicare indiscriminatamente alla totalità dei casi analoghi; ogni singola fattispecie configura un caso particolare, non risultando possibile, in quest'ambito, non considerare tutte le sue circostanze peculiari, giacché la risposta giurisdizionale, per essere adeguata, ragionevole e proporzionale, dipenderà da esse, dal loro idoneo apprezzamento. Quest'aspetto si rivela particolarmente importante nell'ambito della riparazione integrale del danno alla persona.

Tutte le difficoltà incontrate nella ricerca della misura idonea di tutela della persona umana per mezzo dello strumento della responsabilità civile, servono soltanto a confermare l'affermarsi del principale obiettivo del diritto civile attuale: il pieno sviluppo del progetto di vita di ogni persona umana nella più ampia misura possibile. Si tratta, in verità, di riaffermare, con Paul Valéry, che “il meglio che il nuovo ci offre è ciò che risponde al desiderio più antico”; in questo caso, si consideri l'aspirazione di realizzare il pensiero di Giovanni Pico della Mirandola, risalente a sei secoli addietro, secondo il quale “nulla è più splendido, sulla terra, che l'uomo”.¹³¹

¹³⁰ Per la difesa di questa prospettiva, v. P. PERLINGIERI, *O diritto civil*, cit., *passim*.

¹³¹ PICO DELLA MIRANDOLA, *Discurso sobre a dignidade do homem*, cit., p. 47 ss. Si apre così la famosa *Oratio Ioannis Pici Mirandulani Concoriae Comitit*: “Ho letto negli scritti degli Arabi, Venerandi Padri,

civilistica.com

Recebido em: 10.9.2014,
mediante convite.

Como citar: BODIN DE MORAES, Maria Celina. La tutela della persona umana in Brasile. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/la-tutela-della-persona-umana-in-brasile/>>. Data de acesso.

che, interrogato Abdala Saraceno in merito a quale fosse, ai suoi occhi, lo spettacolo più meraviglioso nello scenario del mondo, egli rispose che nulla vedeva che fosse più ammirevole dell'uomo.”