Politica.eu

NUMERO 1 – GIUGNO 2019

INDICE

EDITORIALE 2

STUDI E RICERCHE

SUL NESSO PENSIERO-ESSERE: HEIDEGGER E SEVERINO 4
VITTORIO POSSENTI

Il diritto dei «senza poteri»?

CAPACITÀ E NEUROSCIENZE COGNITIVE: 17
DIALOGO PER UN APPROCCIO ALL'UOMO NELLA SUA DIMENSIONE GLOBALE
EVA LECCESE

L'ABORTO E LE SUE IMPLICAZIONI 51
CLAUDE BRUAIRE

L'ABORTO 58
BRUNO ROMANO

RICONOSCIMENTO E SOGGETTIVAZIONE IN RELAZIONE SINCRONICA 66
DARIO ALPARONE

PAGINE LIBERE

IL DIFFICILE RAPPORTO TRA MEDIA E MIGRAZIONI 81
SOTTO LA LENTE DELLE SCIENZE SOCIALI
ROSA TAGLIAMONTE

Politica.eu

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

CAPACITÀ E NEUROSCIENZE COGNITIVE: DIALOGO PER UN APPROCCIO ALL'UOMO NELLA SUA DIMENSIONE GLOBALE [*]

EVA LECCESE[**]

Abstract: The theme of the of people's legal capacity is one of the corequestions that emerges, right from the beginning, in all the studies dealing with the relationship between neuroscience and law. Cognitive neurosciences allow to deal with the capacity of the person in a flexible and modular way, in a global and integrated approach that allows, in the operating phase, to make "useful" and more effectively usable the model of protection of incapacity developed by the legislator on the basis of a (necessary) standardization. The current debate on the relationship between neuroscience and social sciences highlights, firstly, how neuroscience aims to uncover the correlations between mental activity and biological substrate that should enable the understanding of brain reactions to external stimuli, brain responses to situations in which a person, in the specificity of physical and age conditions, can find, allowing, in the long term, the development of behavioural models. Here then is the importance of the cognitive foundations of law, the result of a process of integration between juridical models and cognitive sciences that opens a path with a dual direction: on the one hand the understanding of the cognitive and decision-making processes of the subjects to whom the norms are intended, on the other hand the thought and the argument of the legislator and the interpreter. The rereading of the notions, in terms of ability to act, ability and natural incapacity, explains the traditional orientation of the jurist; the neuroscientific approach can provide the interpreter with a broader vision. Studies of cognitive neurosciences, in fact, reveal the role of the affective sphere that interacts with that of reason by composing the dialogue between emotionality and rationality, fundamental in the cognitive process. The difference between the cognitive and the volitive spheres, which, in legal terms, is expressed by the term ability to understand and/or to want and the distinction of which is irrelevant from a legal point of view, becomes relevant in the light of the results of the cognitive neurosciences which have demonstrated as a perfect and integral intellectual capacity (ability to understand) you sometimes have an absolute inability to decide.

[*] Questo scritto riproduce, con modifiche ed integrazioni, i contenuti del contributo destinato agli *Studi in onore di Pasquale Stanzione*. ESI, Napoli, 2018.

[**] Eva Leccese, Professore associato di Diritto Privato IUS/01, Università «G. d'Annunzio» di Chieti-Pescara. Email: eva.leccese@unich.it; e.leccese@unich.it

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

Calling into question the traditional model of rational man can paradoxically contribute to create a more efficient and, therefore, more rational system, which ensure an ever-higher level of protection of the individual, in his global – both physical and psychological – dimension, corresponding to the uniqueness of the person. This study requires an integrated approach between disciplines which share a common thread: the man and the quality of his life.

Keywords: Neuroscience – Law – Person – Capacity – Behavioral models

1. Premessa

Uno dei temi centrali che emerge, sin da un primo approccio al tema, in tutti gli studi che si occupano del rapporto tra neuroscienze e diritto[1] è quello della capacità delle persone. Si discute, così, della capacità, non solo nel diritto civile, e con riferimento all'individuazione della misura di protezione più idonea per gli incapaci ma anche, ad es., nel diritto penale, nell'ambito della problematica relativa all'imputabilità, e, ancora, nel diritto processuale civile.

Nello specifico del tema trattato le neuroscienze cognitive consentono di occuparsi della capacità della persona con modalità elastica e modulare, in un approccio globale ed integrato[2] che permette, nella fase operativa, di rendere «utile» e più efficacemente fruibile il modello di protezione dell'incapace elaborato dal legislatore sulla base di una (necessaria) standardizzazione[3]. Ciò accade, ad es., con riferimento alla capacità o incapacità del minore, sintesi normativa di una situazione o, meglio, relazione[4] tra

[1] «Le scienze cognitive – scrive F. Romeo, 2015, 62-63 – coniugano gli studi biologici con quelli dell'artificiale e i mezzi informatici e robotici servono per verificare le teorie oltre che per offrire nuovi strumenti utili al giurista...Il fatto che questi studi avvengano perlopiù al di fuori dei dipartimenti di giurisprudenza e siano portati avanti da ricercatori delle più disparate branche del sapere, e non inseriti nei tradizionali circuiti accademici, conferma la ristrettezza e inadeguatezza della cultura giuridica accademica". Ancora, e da altra parte, si pone in luce come appaia "del tutto evidente che scienza e diritto sono sistemi che procedono a velocità diverse e che mentre la prima ha assunto, soprattutto negli ultimi periodi, un ritmo incalzante, il secondo ha serie difficoltà ad adattarsi o, per meglio dire, a stare al passo»: A. Forza, G. Menegon, R. Rumiati, 2017, 47.

[2] F. Romeo, 2015, sottolinea come l'attuale stato delle ricerche in questo campo richieda una «capillare fusione di ambiti di studio diversi e, oggi, lontani tra loro" ed auspica che "le scienze cognitive costituiscano il luogo naturale di questa fusione, un contenitore teorico per questi studi, che permetterà il superamento della risalente frattura tra scienze della natura e scienze, o dottrine, dello spirito, tra le quali le scienze giuridiche».

[3] Cfr., in tal senso, il rilievo di A.A. Gigante, 2015, 131: «La norma istituzionale è il risultato di un processo che dalla produzione individuale di conoscenza arriva alla definizione di un modello comportamentale. Quest'ultimo, se adottato dal gruppo sociale, diventa norma informale (ad es., i codici di condotta), eventualmente formalizzata, in seguito, dall'autorità pubblica)».

[4] Scrive L. Scillitani, 2011, 194-195: «Il trattamento che un ordinamento giuridico riserva ai minori, sia civile sia penale, sembra presupporre sì un riconoscimento, ma unilaterale, *ineguale* (per dirla in termini hegeliani). La relazione che intercorre tra un adulto e un minore appare nel segno di un'asimmetria di

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

l'individuo (minorenne) ed il mondo in cui vive, concepita come schema funzionale di protezione per una posizione di «debolezza» definita da nozioni e concetti che ci provengono da altre scienze (biologia, fisiologia).

In un noto studio di molti anni fa[5], si legge:

> «È innegabile che la vita dell'uomo si manifesta come un *continuum* che si svolge tra la nascita e la morte dell'individuo. Tale periodo può essere suddiviso in varie età, siano esse abbastanza numerose, secondo le teorie della medicina e della psicologia meno moderne, siano esse ridotte a due partizioni soltanto - età evolutiva ed età involutiva - secondo più recenti risultanze di quelle scienze. Ma tanto nella prima quanto nella seconda ipotesi, di estrema e forse insuperabile difficoltà si presenta la determinazione del preciso momento in cui avviene il passaggio dall'una all'altra ovvero si completa un ciclo e se ne inizia uno nuovo. Sulla base di questa incertezza anche i legislatori si sono trovati a seguire vie dissimili nel frazionamento delle diverse età, cui riannodare le corrispondenti capacità giuridiche»[6].

L'autorevolissima dottrina ci iniziava, così, alla riflessione sulla «minorità» nella cui complessità spicca e si staglia l'elaborazione della «capacità di discernimento»[7].

Le parole di allora precorrono i tempi e sembrano esprimere la sintesi del dibattito di oggi sul rapporto tra neuroscienze e diritto[8]. «Se il diritto e le neuroscienze,» – si è affermato[9] – «pur occupandosi dello stesso oggetto d'indagine (che è poi il soggetto umano, i suoi moventi e la sua condotta), potessero continuare ad esercitare un magistero per così dire parallelo, non ci sarebbe alcuna ragione di indagare ulteriormente

---

posizioni, prerogative, obblighi, registrata emblematicamente nel gesto della *elevatio* romana, ma ricorrente in tutte le società umane»; asimmetria che si esplicita «sotto forma non di una reciprocità di diritti e di doveri ma di un *surplus* di doveri e responsabilità» (196).

[5] P. Stanzione, 1975.

[6] Ivi, 279-280.

[7] «Capacità di discernimento è attitudine a giudicare più che a "volere" i propri atti»: Ivi, 306.

[8] Si è posto in luce (A. Santosuosso, 2009b, 12-13) come lo sviluppo delle pubblicazioni sulle neuroscienze e diritto nell'ultimo ventennio muova fondamentalmente da una data, il 2002, anno in cui il 13 e 14 giugno a San Francisco, su iniziativa della *Stanford University* e della *University of California* , si è svolta la conferenza *Neuroethics: Mapping the Field*; da quella data sono state sempre più frequenti le pubblicazioni sulla neuroetica definita dagli organizzatori come «lo studio delle questioni etiche, giuridiche e sociali che sorgono quando le scoperte scientifiche sul cervello vengono portate nella pratica medica, nelle interpretazioni giuridiche e nella politica sanitaria e sociale. Queste scoperte stanno avvenendo nel campo della genetica, del *brain imaging* e nella diagnosi e predizione delle malattie. La neuroetica ha il compito di esaminare come i medici, i giudici e gli avvocati, gli assicuratori e i politici, così come il pubblico, si occupano di questi temi». L. Sammicheli, 2015, 17-18, nel tracciare – per utilizzare le sue parole – «una brevissima linea storica dello sviluppo della disciplina del *neuro diritto*», indica come data convenzionale «di nascita del filone "diritto-neuroscienze" (...) quella dell'uscita – il 29 novembre 2004 – sulla prestigiosa rivista *Philosophical Transactions of The Royal Society* di un fascicolo intitolato *Law and The Brain*». Senza pretesa di esaustività, e solo come indicazione di massima, si segnalano sin da ora, tra i tanti studi sul tema, i contributi apparsi nel volume E. Fabiani, S. Faro, N. Lettieri, 2015a, che offrono un'ampia disamina dei principali profili del dibattito, con molteplici «spunti di riflessione sulle intersezioni tra il diritto e l'area di ricerca che sta emergendo ai confini tra le scienze comportamentali, le scienze cognitive e le neuroscienze»: E. Fabiani, S. Faro, N. Lettieri, 2015b, 7; sul rapporto tra diritto e scienze cognitive, v. R. Caterina, 2008a.

[9] A. Bianchi, 2009, XI ss.

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

la questione. Alla scienza i fatti, al diritto i valori. Degli esseri umani si occupano le scienze, al diritto interessano le persone».

Ma uomo e persona coincidono e l'equivalenza uomo-persona[10], per la quale, cioè, ogni essere umano, in quanto tale, ha la capacità giuridica, rappresenta una tappa fondamentale dell'evoluzione degli ordinamenti giuridici moderni da forme primordiali dove la capacità giuridica coincideva, sostanzialmente, con la capacità d'agire del soggetto, all'attuale grado di sviluppo dove, invece, la capacità giuridica di ogni uomo è dato acquisito non solo all'esperienza giuridica, ma alla coscienza politica, sociale, umana di ogni individuo.

Le neuroscienze cognitive, si pone in luce[11], «rappresentano l'espressione di una visione complessiva della natura umana che, in quanto tale, è destinata ad investire fin dalle fondamenta l'architettura concettuale del sapere giuridico, costringendolo comunque ad un profondo ripensamento». Proprio nelle moderne neuroscienze si indica lo strumento con il quale «il programma di un'integrale unificazione dei saperi sull'uomo e sulla natura giunge a compimento»[12]. E questo appare essere il punto di snodo della questione: l'affermazione della globalità dell'uomo, corpo e mente, fisicità e psichicità, che corrisponde all'unicità del valore persona, affermato dalla dottrina da sempre attenta alla tutela della persona nella sua globalità[13].

Dire con esattezza cosa siano le neuroscienze cognitive[14], e definire le ripartizioni al loro interno, è compito degli appartenenti alla comunità scientifica che si occupa delle

[10] Scrive P. Stanzione, 1975, 20: «bisogna attendere il XVI sec. perché incominci a svilupparsi la dottrina che riconosce un significato tecnico giuridico al termine persona in stretto rapporto con lo *status* che ogni uomo occupa».
[11] A. Bianchi, 2009, XI.
[12] Ivi, XIII.
[13] P. Perlingieri (*ex plurimis*), 1972; P. Perlingieri, 2006, 730; P. Stanzione, 1975, 130 ss.; P. Stanzione, 2010; D. Messinetti, 1983, 355 ss.; D. Messinetti, 1992, 173 ss.; N. Lipari, 1996, 413 ss. (*specie* 417 e 422); N. Lipari, 2010, 635 ss.
[14] Si legge in *Psicologia 24,* 2016: «Le neuroscienze cognitive studiano i processi biologici (nello specifico, le connessioni neurali nel cervello) che regolano la cognizione umana e i processi mentali. Si tratta di un campo di studi che può essere considerato sia una branca della psicologia sia una branca delle neuroscienze. Per alcuni aspetti, tale campo di studi confina anche con alcune branche delle scienze cognitive, dell'informatica e della filosofia della mente. Nonostante le neuroscienze cognitive siano una disciplina abbastanza giovane, sono rapidamente diventate una delle aree di ricerca scientifica più attive e più importanti per la comprensione dei processi mentali e del comportamento umano. La crescente importanza delle neuroscienze cognitive è anche determinata dall'evolversi delle tecnologie e degli strumenti che consentono di "vedere" come lavora il cervello sia quando svolgiamo semplici compiti percettivi, attentivi, mnemonici o motori, sia quando siamo impegnati in attività più complesse, come prendere decisioni, fare ragionamenti, ecc. Inoltre, gli strumenti e le tecniche che consentono di "guardare" dentro il cervello permettono anche di capire quali circuiti neuronali regolano le emozioni, i sentimenti e gli stati affettivi». Con riferimento alle neuroscienze giuridiche, L. Sammicheli e G. Sartori, 2009, 14-15, affermano: «Le "neuroscienze giuridiche", definizione priva di qualsiasi pretesa di esaustività, dovrebbero ricomprendere le più diverse ricerche neuroscientifiche aventi un'applicazione giuridica diretta o indiretta....Con "neuroscienze giuridiche", dunque, si intende un tentativo di sistematizzare i diversi filoni di ricerca accomunati dalla applicazione delle metodologie neuroscientifiche allo studio e alla pratica del diritto». Ancora, si afferma (R. Caterina, 2008b, 1): «se si deve parlare, realisticamente, di scienze cognitive, piuttosto che di scienza cognitiva, a maggior ragione si deve precisare che non esiste, oggi, una *law &*

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

discipline: l'approccio di chi scrive è quello di chi si appresta, con curiosità ed umiltà, a scoprire un mondo nuovo e «altro», sino ad ora, rispetto a quello di appartenenza e a confrontarsi con una dimensione che richiede conoscenze specifiche e capacità di comprensione delle tecniche non sempre di facile assimilazione[15]: ciò che appare chiaro, però, sin dal primo approccio, é che tutte le discipline riconducibili alle neuroscienze cognitive condividono «un fondamentale programma comune: quello di comprendere come il cervello renda possibili i fenomeni mentali e i comportamenti umani»[16]. E il diritto ha ad oggetto la regolamentazione di comportamenti umani; l'apporto delle neuroscienze può migliorare sensibilmente la capacità legislativa di regolare le condotte umane[17] e quella dell'interprete di comprenderle, rendendo così più equilibrato, in particolare nel campo specifico che qui ci occupa, quel difficile rapporto tra iperprotezionismo legislativo ed anomia, nel segno del rispetto della dignità dell'uomo che realmente trovi espressioni nelle forme di regolamentazione di aspetti della vita privata[18].

2. Scienze cognitive e diritto: il profilo del dibattito

Il dibattito attuale sul tema (del rapporto tra neuroscienze e scienze sociali) pone in luce, in primo luogo, come le neuroscienze si propongano di svelare le correlazioni tra attività mentale e sostrato biologico[19].

Tali correlazioni dovrebbero consentire di comprendere le reazioni del cervello agli stimoli esterni, le risposte cerebrali alle situazioni in cui una persona, nella specificità delle condizioni fisiche e di età, può trovarsi, permettendo, nel lungo periodo, l'elaborazione di modelli comportamentali. Ecco allora l'importanza dei fondamenti cognitivi del diritto[20], risultanza di un processo di integrazioni tra modelli giuridici e scienze cognitive che apre un percorso con una duplice direzione: da un lato la

cognitive sciences come disciplina, o anche soltanto come approccio metodologico, unitario; esistono, invece, diversi filoni di ricerca, che ricevono stimoli preziosi dalle scienze che studiano i processi cognitivi».

[15] P. Stanzione, 2010, §1, osserva come «il giurista, dal canto suo, segue i cambiamenti con atteggiamenti contrastanti e non sempre recettivi. Egli, almeno in una prima approssimazione al nuovo, è per sua natura indotto a tentare di inglobare l'innovazione nel rassicurante universo delle regole vigenti. Laddove ciò non sia possibile, il diritto tende a vietare aprioristicamente tutto ciò che non possa essere assorbito nelle categorie usuali, compreso e spiegato nelle nozioni abituali, inquadrato negli istituti preesistenti».

[16] A. Bianchi, 2009, XIII.

[17] «Quando si parla di neuroscienze e diritto si pensa oggi alla possibilità di avere conoscenze sulle basi neuronali del comportamento, ed è indubbio che tali conoscenze sono state rese possibili dalla disponibilità delle tecniche tomografiche e dalle immagini»: A. Santosuosso, 2009b, 15.

[18] P. Stanzione, 2010, §2; si richiama, al riguardo, e come esempio di iperprotezionismo, il caso del consumatore; in direzione opposta (anomia), invece, il riferimento è ai conviventi e ai pazienti in stato vegetativo.

[19] A. Santosuosso, 2009, 11.

[20] R. Caterina, 2008b, 1 ss.

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

comprensione dei processi cognitivi e decisionali dei soggetti cui le norme sono destinate[21], dall'altro il pensiero e l'argomentazione del legislatore e dell' interprete.

Le scienze cognitive si affiancano, così, all'analisi economica del diritto[22], che si colloca nel più limitato campo degli effetti economici delle regole giuridiche, e a questa sono accomunate dal criterio dell'efficienza: efficienza della norma le prime, sotto il profilo della corrispondenza degli effetti all'intenzione del legislatore, efficienza economica la seconda come scelta (razionale[23]) più vantaggiosa nell'applicazione della norma[24]. Entrambe, sinergicamente, disegnano il perimetro di un'area complessiva che abbraccia l'uomo nella sua dimensione globale e il suo agire, la persona e la regolamentazione della sua esistenza. E qui le implicazioni e le applicazioni possono essere davvero tante, quante sono le dimensioni dell'uomo che le scienze giuridiche tentano da sempre di sistemare in categorie e regole, dal sistema di protezione dei soggetti deboli all'esercizio della capacità contrattuale: sotto tale ultimo aspetto, il richiamo, in verità molto utilizzato in tanti studi sul tema, è ai vizi della volontà, alla clausola generale di buona fede, alla legislazione consumeristica (in particolare alla disciplina delle pratiche commerciali sleali), alla tutela risarcitoria, dove spicca, come caso emblematico nel campo del risarcimento del danno non patrimoniale, il danno

[21] La norma sul divieto di fumo, ad esempio, ha sicuramente prodotto maggiori risultati delle informazioni mediche, anche di quelle che hanno il crisma della organizzazione mondiale della sanità, o delle scritte sui pacchetti di sigarette; medesima considerazione può svolgersi per i rilevatori automatici di velocità: la sanzione pecuniaria è più efficace dell'informazione sulla pericolosità. Rileva A. Monti, 2008, 16, come si sia potuto «constatare che assai frequentemente, le scelte dei consociati, siccome influenzate dalle norme giuridiche, conducono ad esiti di segno opposto rispetto a quelli che il legislatore si era originalmente prefigurato» e cita, a proposito, la legge sull'equo canone.

[22] Per indicazioni essenziali, R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, 2006; F. Parisi, 1999.

[23] G.R. Elgueta, 2012, sottolinea la differenza dell'approccio dell'analisi economica del diritto, che comunque presuppone un soggetto (economico) razionale che, come tale, fa scelta (economicamente) razionali, dall'approccio comportamentale, ed afferma: «L'approccio "behavioral" non si propone di superare il metodo "law and economics" (...), bensì tenta di offrire all'analisi economica del diritto tradizionale strumenti più adeguati a una completa comprensione dell'individuo. Pertanto, il metodo *b.* e quello della *l. and e.* condividono il medesimo obiettivo, cioè quello di verificare come la legge possa incentivare comportamenti efficienti, volti alla massimizzazione della ricchezza sociale. Tradizionalmente, la *l.* and *e*. ha fatto propria la teoria microeconomica neoclassica della scelta razionale, in forza della quale si presume che gli individui siano attori razionali ed egoisti, in grado di porre in essere scelte capaci di massimizzare la loro utilità attesa. La *b. l. and e.*, invece, prendendo come punto d'avvio del ragionamento non l'*homo oeconomicus*, bensì quello reale, mette in discussione la capacità predittiva della teoria della scelta razionale. Attingendo dai risultati cui è pervenuta la psicologia cognitiva, prende atto che gli individui soffrono di limiti cognitivi, i quali determinano deviazioni sistematiche dal comportamento razionale e, conseguentemente, da scelte in grado di massimizzare la loro ricchezza. In particolare, secondo la prospettiva della *b. l. and e.*, gli individui, in luogo di avere preferenze stabili, aspettative razionali e una ottimale capacità di processare le informazioni, mostrano in modo sistematico di soffrire di una razionalità limitata (*bounded rationality*), di una volontà limitata (*bounded willpower*) e di un egoismo, inteso come tendenza a soddisfare il proprio interesse limitato (*bounded self-interest*)».

[24] F. Parisi, 1999, 299: «l'assunto principale del Teorema di Coase viene (...) ad affermare che mentre il sistema normativo determina l'iniziale assegnazione di diritti, sarà invece la dinamica del mercato a determinarne la allocazione finale».

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

biologico[25]. Lo specchio delle neuroscienze cognitive riflette la necessità di integrare, nei contenuti, modelli quali, ad es., la diligenza del buon padre di famiglia, la normale diligenza ed il comune apprezzamento[26] nel giudizio di rilevanza dell'errore[27], la nozione di consumatore medio, tutti schemi, questi, elaborati nell'esperienza giurisprudenziale sulla base di un astratto (prototipo) di uomo razionale[28].

La constatazione della fallibilità di un modello di uomo razionale[29], che il legislatore assume a schema di riferimento, è ampiamente dimostrata dalla evoluzione della società e della coscienza sociale che il legislatore fatica ad ingabbiare in schemi normativi; si pensi, ma solo per fare un esempio, alle Unioni civili[30]: ciò che alla coscienza dei più, e al

[25] Osserva, sul punto F.G. Pizzetti, 2012, 6-7: «Le nuove tecniche neuroscientifiche possono essere utilizzate, in sede civile, al fine di valutare, con un grado di precisione particolarmente elevato, la menomazione patita da un individuo in conseguenza di fatto o atto illecito ai fini del risarcimento del danno biologico subito, e anche accertare, in modo oggettivo e senza doversi affidare esclusivamente alla valutazione soggettiva della persona, foriera spesso di difficoltà di interpretazione, il dolore patito nell'ambito del ristoro della lesione del diritto a non soffrire inutilmente».

[26] L'apprezzamento, cioè, delle circostanze informato al criterio del comportamento dell'uomo medio, del buon padre di famiglia, l'avvedutezza della persona di normale diligenza rispetto alla realtà, il "criterio di giudizio proprio di una persona di normale diligenza" (P.L. Patania, 1958, 201) espressione di un soggetto agente perfettamente razionale.

[27] L'errore – si afferma (A. Forza, G. Menegon, R. Rumiati, 2017, 17) – non è solo quello che contravviene i principi della logica formale; anche nel diritto (privato) l'errore-vizio non è solo quello che contravviene la logica giuridica; se è vero che il legislatore deve necessariamente standardizzare, il giudice può, però, tenerne conto in sede di apprezzamento dell'essenzialità dell'errore.

[28] Uomo perfettamente razionale che coincide con il concetto di *homo oeconomicus* che l'economia classica ci consegna; osserva criticamente, ed altrettanto efficacemente, Thaler (Premio Nobel per l'Economia 2017), in uno dei suoi libri più noti scritto con uno studioso di diritto (R. H. Thaler - Cass R. Sunstain, 2008*;* la traduzione italiana, basata sull'edizione internazionale di *Nudge,* qui di seguito citata, è *Nudge. La spinta gentile*, Feltrinelli, 2017): «se leggete un manuale di economia, scoprirete che l'*homo oeconomicus* ha le facoltà intellettuali di Albert Einstein, una capacità di memoria paragonabile a quella del *Big Blue*, il supercomputer della Ibm, e una forza di volontà degna di Gandhi. Davvero. Ma le persone che conosciamo non sono fatte così. Le persone vere riescono a malapena a fare una divisione lunga senza usare una calcolatrice, qualche volta dimenticano il compleanno del marito o della moglie e il giorno di Capodanno accusano i postumi di una lunga bevuta. Non appartengono alla specie dell'*homo oeconomicus*, ma a quella dell'*homo sapiens*» (12-13).

[29] R. Caterina, 2015, 145-146: «gli studi giuridici hanno sempre mantenuto al centro dell'attenzione (...) un uomo auto-consapevole e riflessivo; i suoi processi mentali sono espliciti e deliberati, e rappresentabili in qualche linguaggio verbale o formale (...). La teoria della scelta razionale è insieme modello normativo e descrittivo; quand'anche non accompagnata da una convinta fiducia nella sua capacità di rappresentare il reale, essa è stata quantomeno vista come l'unico modello descrittivo possibile, al di fuori del quale possono tutt'al più darsi devianze individuali imprevedibili, fuori dalla possibilità di uno studio sistematico, presumibilmente destinate ad essere compensate da deviazioni di segno opposto (e forse anche eliminate dalla selezione operata dal mercato)».

[30] Scrive S. Rodotà, 2015, 3 ss.: «Sono compatibili, sono pronunciabili insieme, le parole diritto e amore?(...) Il diritto è stato pesantemente usato come strumento di neutralizzazione dell'amore, quasi che, lasciato a se stesso, l'amore rischiasse di dissolvere l'ordine sociale (...) Siamo di fronte ad un conflitto, combattuto però non ad armi pari, con il potere concentrato sostanzialmente dalla parte del diritto, che lo esercita come strumento per il disciplinamento dell'amore, fino a negare alla persona la libertà di innamorarsi». Ancora, scrive Rodotà (4), l'amore «consegna alla vita il massimo di soggettività, la immerge nelle passioni, evoca "gli spettri della discontinuità e dell'incoerenza"(...) Dobbiamo allora chiederci ...se sia possibile l'integrazione dell'amore in una visione razionalistica del matrimonio, che di esso è stato riferimento costante, obbligato per il diritto (...) se il diritto vuole avvicinarsi all'amore, deve (...) trasformare

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

senso comune[31], poteva apparire contro logica e ragione, è faticosamente divenuta legge dello Stato, espressione, a sua volta, di comportamenti umani accettati e divenuti normali, razionali. Ciò perché, ad avviso di chi scrive, bisogna distinguere la razionalità come capacità di raziocinio, espressione della facoltà di comprendere ed elaborare concetti e di assumere decisioni logiche e conseguenti, dalla razionalità come concetto che esprime la conformità di un comportamento a un modello «secondo ragione»; la prima è un concetto scientifico, estrinsecazione di un'attività cerebrale accertabile e misurabile in quanto espressione della facoltà di comprendere ed elaborare concetti, la seconda sociale, convenzionale, in quanto è influenzata e determinata dalle convenzioni sociali, dagli stereotipi, dal comune senso del pensare o, meglio, del pensare in senso comune[32].

È importante, dunque, anzi necessario, per il giurista, legislatore o giudice, dotarsi di tecniche e strumenti di comprensione del cervello che ben sappiano riflettere e spiegare i meccanismi che presiedono alle scelte, alle decisioni, e che determinano le condotte[33], così come è importante per lo psicologo, per lo psicoterapeuta, conoscere i congegni mentali che si instaurano a seguito di traumi ed i meccanismi cerebrali che presiedono alla loro elaborazione, per poter curare e guarire l'uomo dal male dell'anima.

Ciò può valere nel diritto che, come si è detto, ha ad oggetto la regolamentazione di comportamenti umani, ma trova riscontro anche in altri campi; l'ambito di indagine

---

tecnicamente sé stesso in un discorso aperto, capace di cogliere e accettare contingenza, variabilità e persino irrazionalità (5) (...). Al diritto è legittimo chiedere un'assenza, ma non di abdicare al suo ruolo di garanzia di libertà e di diritti (...) Si tratta di rimuovere ostacoli, come dice con bella lingua l'art. 3 della Costituzione, per rendere concretamente possibile, in ogni momento della vita, l'eguaglianza» (12).

[31] «Molte convinzioni (...) nascono da elementi di realtà di carattere generale e, in quanto tali, riconosciuti dai più; si parla, in tal caso, di "senso comune", cioè di convinzioni condivise dai più, anche se non sempre fondate»: A. Forza, G. Menegon, R. Rumiati, 2017, 94-95. Sostengono gli Autori (46-47): «Il mondo del diritto e della giustizia sono (...) ancora saldamente ancorati al senso comune» e ad una visione volontaristica dell'agire umano nella prospettiva («ordinaria e propria del senso comune») che «tende a rifiutare determinismi fisici, biologici ed evolutivi per privilegiare una visione del mondo umano che fa perno sulla volontà, sulla libera determinazione degli individui, sul libero arbitrio, sul primato della razionalità».

[32] M. Trimarchi, 2018: «Generalmente la persona, per meccanismi legati alle funzioni superiori dei due emisferi cerebrali, non riesce a distinguere il "vero" dal "falso": tutto ciò che sente nel proprio cervello pensa che sia vero, perché non sa che in un certo momento della sua vita è stata condizionata a pensare in quel dato modo»; C. Bona, R. Rumiati, 2013, 149, posta la premessa per la quale «la razionalità è una nozione fondamentale per l'approccio normativo poiché permette di stabilire quali operazioni e azioni sono appropriate e quali no, quali obiettivi sono razionali e quali no», pongono l'attenzione sulla distinzione tra razionalità dei mezzi, che «prescrive il modo con cui raggiungere determinati obiettivi», e razionalità dei fini, che riguarda invece la determinazione degli obiettivi e «come tale ha evidentemente a che fare con la sfera dei principi etici e dei valori dell'uomo (...) riguarda il sistema di valori dell'uomo, sistema che risulta fortemente condizionato dalle differenze culturali e sociali, così come dai diversi momenti storico-politici»; D. Kahneman, 2016, 54, nelle pagine dedicate all'errore cognitivo, sottopone all'attenzione il risultato di uno studio in tema di intuizione/riflessione (K.E. Stanovich, 2011) ove si distingue tra razionalità ed intelligenza e la razionalità viene definita come «caratteristica di un'intelligenza elevata» ma non coincide con essa.

[33] È d'obbligo, in questo campo, e per ciò che concerne il ruolo della psicologia cognitiva, il rinvio a D. Kahneman, 2016.

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

comprende aree più vaste o, meglio, ogni area dove acquista rilevanza la comprensione profonda dei meccanismi che governano le condotte degli uomini: «la scienza – si è affermato – per essere utile all'uomo deve essere umana, e potrà essere tale solo se si fonderà anch'essa sulla conoscenza ed il rispetto delle leggi che regolano la vita e l'evoluzione della coscienza evitando di alterare i delicati equilibri del metabolismo umano ed ambientale»[34]. Significativo, in tal senso, il richiamo ai diritti umani e ai valori contenuti nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, i cui fondamenti – si afferma – sono fisiologicamente presenti nel genoma umano e la cui attuazione non può avere altra strada che quella «dell'educazione che deve stimolare lo sviluppo e l'espressione delle potenzialità racchiuse all'interno del cervello umano: questo fa nascere la gioia di vivere»[35].

Esiste, però, il rischio che la medaglia sveli anche l'altro lato, non positivo.

La diffusione sempre crescente degli strumenti di *neuromarketing*, come forma principale attraverso la quale collocare sul mercato i prodotti di sempre con modalità e strumenti impensabili fino a qualche tempo fa, e le attuali tecniche di conclusione dei contratti di massa inducono a riflettere su come la persona, il suo essere pensante, possa essere utilizzata come strumento di mercato al pari di qualunque altro bene o utilità economica, trasformando, così, l'uomo da soggetto agente ad oggetto di mercato. Il doppio lato della medaglia, dunque, può mostrare, anche, come le neuroscienze e le scienze comportamentali possano trovare applicazione in tecniche funzionali, prevalentemente, alle esigenze del mercato più che alla tutela delle persone. È innegabile, però, che le stesse scienze possano rappresentare il miglior strumento per comprendere le problematiche degli incapaci, dei soggetti deboli, e ritagliare la misura di protezione più idonea.

L'ambito della capacità della persona e delle sue limitazioni sembra essere quello più idoneo all'utilizzo delle valutazioni provenienti dalle neuroscienze cognitive, dove l'approccio, anche intuitivamente, è più immediato: si pensi all'amministrazione di sostegno[36] che sicuramente appare come il campo elettivo di utilizzo degli strumenti di *brain imaging* perché si tratta di modulare il provvedimento sul singolo caso o stato di capacità/incapacità, non standardizzato come accade, ad es., nell'interdizione e nell'inabilitazione.

[34] M. Trimarchi, 2018.
[35] Ivi, 2018.
[36] V., sul punto, C. Perlingieri, 2015.

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

3. La regola generale della capacità delle persone: la capacità giuridica

Un importante studio dell'università di Padova[37] apre evidenziando come il ruolo delle neuroscienze in campo giuridico, sia nell'area civilistica che in quella penalistica, sia divenuto oramai «ruolo chiave» e come, nelle applicazioni sempre maggiori delle competenze neuroscientifiche, la valutazione della capacità occupi un posto di primaria importanza[38].

Le scienze cliniche ignorano la distinzione, propria del sistema giuridico, tra capacità giuridica, capacità d'agire[39] e capacità d'intendere e volere e indicano nella capacità il

---

[37] *Le capacità giuridiche alla luce delle neuroscienze-Memorandum Patavino*, 19 novembre 2015. Il documento, è stato promosso da «Università di Padova, DI.ME.CE (Diritto Mente Cervello) e Fondazione Guglielmo Gulotta di Psicologia Forense e della Comunicazione» ed elaborato da autorevoli studiosi di diverse discipline (U. Castiello, R. Caterina, M. De Caro, L. De Cataldo, S. Ferracuti, A. Forza, N. Fusaro, G. Gulotta, F. M. Iacoviello, C. Intrieri, A. Lavazza, A. Mascherin, S.Pellegrini, P. Pietrini, R. Rumiati, L. Sammicheli, G. Sartori, C. Squassoni, A. Stracciari).

[38] Per questo motivo, si legge nel *Memorandum Patavino*, 2015, 2: «alla luce delle competenze neuroscientifiche che si stanno sempre più acquisendo tra i periti e i consulenti italiani, si è resa necessaria la predisposizione di un *memorandum* per tutti i cosiddetti operatori del diritto sullo stato dell'arte inerente le più aggiornate scoperte neuroscientifiche applicabili all'ordinamento normativo del nostro Paese».

[39] P. Stanzione, 1988, 1-4, pone in luce come la distinzione tra capacità giuridica-capacità d'agire caratterizzi la maggior parte degli ordinamenti contemporanei di *civil law* ma la linea di demarcazione tenda a sfumare sino a scomparire ove si tratti di situazioni esistenziali della persona e non patrimoniali. In tali sistemi, segnala V. Zambrano, 2018, 12, opera la distinzione «fra *Rechtsfähigkeit* (§1 *BGB*), *capacité de jouissance*, capacità giuridica (art. 1 c.c.), *personalidad* (artt. 29 e 30 *Código Civil*) da un lato, e *Geschäftsunfähigkeit* (§ 104 *BGB*), *capacité d'exercice* (art. 414 *Code civil*), capacità di agire (art. 2 c.c.), *capacidad de obrar* (art. 315 *Código Civil*) dall'altro».
Sulla scorta della *Raccomandazione* del Consiglio d'Europa, *Abaissement de l'age de la pleine capacité Juridique. Resolution 19.9.72*, Strasburg, 1973, 3 (P. Stanzione 1988, 1). I singoli ordinamenti si sono mossi nella direzione dell'abbassamento dell'età per l'acquisto della capacità d'agire che appare essere una caratteristica comune; peculiarità, invece, si evidenziano quanto al sistema delle incapacità.
P. Stanzione, 2018, 1-2, descrive il sistema francese, sottolineando l'inesistenza un' incapacità giuridica generale a fronte della quale è dato riscontrare numerose incapacità speciali; con riferimento all'incapacità d'agire, evidenzia la classificazione elaborata dalla dottrina tra *incapacité de protection* e *de defiance*, la prima a protezione degli interessi dell'incapace, con la conseguenza della «nullité relative», la seconda a tutela dei terzi e "contro" l'incapace, con la conseguenza della «nullité absolue» degli atti posti in essere dall'incapace. Pone in luce, altresì, come il minore, in Francia sia tutelato solo *tamquam laesus*; agli atti posti in essere dal minore non emancipato si applica la rescissione per lesione (P. Stanzione, 2018, 1-2).
Nell'ordinamento spagnolo non vengono in evidenza significative differenza rispetto ai sistema italo francese; in quello tedesco, invece, è dato evidenziare tre livelli di capacità negoziale corrispondenti ad altrettante fasce d'età: fino al settimo anno, l'atto compiuto dal minore è nullo; medesimo trattamento è riservato a chi sia stato dichiarato *entmündigt* per malattia mentale; dal settimo al diciottesimo anno d'età si ha una ridotta capacità: restano sospesi gli effetti del contratto eventualmente concluso, l'efficacia (*ex tunc*) è subordinata all'autorizzazione del rappresentante legale; al diciottesimo anno si raggiunge la piena capacità di agire. Nell'ordinamento austriaco la suddivisione dell'età e in quattro periodi: 1) *Kìndeheit*, fino al settimo anno; 2) *Unmündigkeit* fino al quattordicesimo anno; 3) *Minderjährigkeit von Mündigen* fino al diciannovesimo anno; 4) *Volljährigkeit* dal diciannovesimo anno (P. Stanzione, 1988, 2).
Nei sistemi di *Common Law* vi è un'unica nozione di capacità legale (*legal capacity*); parallelamente, in tali sistemi, non è dato riscontrare una nozione generale di incapacità (*personal guardianship* o *tutelage*); ciò si riflette, in area contrattuale, nell'assenza di una disciplina generale di incapacità negoziale: l'incapacità contrattuale è riferita ai tipi contrattuali e alle ipotesi concrete. Con riferimento al contratto del minore (*Infants Relief Acts*), la distinzione è tra contratti conclusi dal minore per l'acquisto di beni *necessaries* o di

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

concetto che «definisce una serie di eterogenee abilità funzionali, fisiche e, per quanto ci interessa nel presente documento, psichiche che consentono di svolgere le attività della vita quotidiana, di compiere determinate e specifiche azioni o di prendere particolari decisioni. Dal punto di vista giuridico si considera la capacità psichica con riferimento all'ambito penalistico e civilistico»[40].

Differente è l'approccio del giurista.

Occupandoci di incapacità, molti anni fa, constatavamo come, in materia di capacità delle persone il primo, imprescindibile, approccio sia con la capacità giuridica, la cui comune definizione è di attitudine alla titolarità di diritti e doveri[41], proprio perché la medesima si configura come la regola[42]. La capacità giuridica, infatti, si acquista con il solo evento della nascita (art. 1, c.c.) ed è intrinsecamente collegata al soggetto per tutta la durata della sua esistenza: la semplice qualità umana esprime, pertanto, una potenzialità infinita, la possibilità, cioè, di essere titolari di situazioni che l'ordinamento giuridico riconosce e tutela, destinatari delle norme e portatori degli interessi che le medesime sottendono[43]. La capacità giuridica è, dunque, «astratto attributo di ogni essere umano»[44] sebbene, pur sempre, qualità promanante dall'ordinamento[45]. Tale ultima necessaria specificazione, mentre priva di qualsiasi elemento di diritto naturale la connotazione del concetto[46], spiega anche l'enfasi dell'affermazione per la quale l'autonomia della capacità giuridica rispetto alla capacità d'agire «deve considerarsi una definitiva conquista della civiltà e segna un fondamentale progresso degli ordinamenti giuridici moderni rispetto agli ordinamenti primitivi»[47].

Esperienze storiche relativamente recenti, ma concettualmente molto lontane da noi, in cui elementi di natura razziale, politica, religiosa condizionavano l'acquisto della

---

beni non *necessaries;* tale differenziazione traccia la linea di demarcazione quanto alle conseguenze tra validità e invalidità: validi i primi, invalidi i secondi (P. Stanzione, 1988, 3).

[40] Così, testualmente, in *Memorandum Patavino*, 2015, 4.

[41] V., per tutti, P. Rescigno, 1958b, 873 ss.

[42] F. Messineo, 1959, 218.

[43] La persona, rileva C.M. Bianca, 1990, 140, «non è un semplice presupposto della norma (o, peggio, una ipostatizzazione del pensiero giuridico) ma è un valore direttamente tutelato dall'ordinamento: è, infatti, l'uomo come tale che viene giuridicamente tutelato e che dà significato a tutti quei precetti giuridici che hanno, appunto, come destinatario la persona umana».

[44] B. Carboni, 1998, 155; V. Zambrano, 2018, 12: «La distinzione fra capacità giuridica e capacità di agire è il risultato, infatti, di una riflessione che parte dal superamento degli *status* (...) per individuare nella capacità giuridica un attributo essenziale di ogni uomo».

[45] P. Rescigno, 1958b, 873; P. Rescigno, 1988, 787 e 793; D. Barbero, 1988, 77, di cui si riporta, il significativo e quanto mai attuale rilievo, per il quale «la pretesa di negare ad un uomo, qualunque sia l'origine o la razza, la natura di soggetto di diritto è una pretesa che, se pure storicamente realizzatasi, è contraria al diritto che ha la sua radice nella natura dell'uomo e nella sua razionalità».

[46] Per un'impostazione della capacità giuridica come diritto innato cfr. D. Barbero, 1988.

[47] Lo Stato ed il diritto, infatti, rileva A. Falzea, 1960, 23, «esistevano ed operavano unicamente per quei membri della comunità che fossero non soltanto liberi, ma capaci di difendersi». La capacità d'agire, dunque, si manifestava in questa capacità di difendersi «che condizionava il valore dell'uomo quale soggetto giuridico».

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

capacità giuridica, subordinandolo all'esistenza di requisiti di medesima natura[48], esplicitano l'appartenenza al diritto positivo, e non naturale, della capacità giuridica, ma la natura intrinseca del nesso che lega quest'ultima alla persona legittima la identificazione tra capacità e soggettività giuridica[49]: al pari della soggettività, infatti, «la capacità giuridica costituisce un carattere intrinseco del soggetto, una qualità che ad esso deriva dal fatto di essere titolare potenziale degli interessi tutelati dal diritto»[50].

L'attitudine alla titolarità di diritti e doveri, in quanto astratto attributo di ogni essere umano, qualità giuridica *a priori* che si estrinseca nell'essere «antecedente logico dei singoli diritti soggettivi»[51],finisce col rappresentare, dunque, il nucleo essenziale della personalità valore costituzionalmente garantito e protetto. E' stato evidenziato al riguardo «come sia prevalente in dottrina la posizione che esaurisce l'una nell'altra le nozioni di capacità giuridica e persona, sicché, essere persona, essere soggetto, avere capacità giuridica sono espressioni sinonimiche»[52].

Il diritto, dunque, immagina e descrive, l'uomo, la mente e il cervello[53]: il legislatore prevede e rappresenta comportamenti umani; ogni comportamento è espressione di una funzione cerebrale.

4. La capacità d'agire

La comune e tradizionale definizione di capacità d'agire come idoneità a porre in essere «l'attività giuridica che riguarda la sfera di interessi propria della persona»[54] racchiude in sé gli elementi che caratterizzano, sotto il profilo dei presupposti, l'istituto, ne articolano il rapporto con la soggettività e la distinguono dalla capacità giuridica.

L'attività giuridica relativa alla sfera di interessi propria di ogni soggetto si sostanzia nell'acquisto e nell'esercizio di diritti e nell'assunzione di obblighi; essa presuppone, pertanto, la maturità psicofisica del soggetto agente e la piena capacità di volere, quella, cioè, che altrettanto tradizionalmente si menziona come «maturità sufficiente a valutare la convenienza economica degli atti»[55] compiuti. Proprio questa impostazione per la quale la capacità d'agire si fonda sul presupposto della capacità d'intendere, volere e, quindi, valutare la convenienza economica degli atti posti in essere, ha indotto parte della

[48] Si pensi alle discriminazioni razziali introdotte dal regime fascista (r.d.l. 20 gennaio 1944, n. 25; dlgt. 14 settembre 1944, n. 287).
[49] A. Falzea, 1960, 16-23; L. Bigliazzi Geri, F. D. Busnelli, U. Breccia, U. Natoli, 1987, 102 ss.; G. Arena, 1970, 909 ss.
[50] A. Falzea, 1960, 15.
[51] F. Messineo, 1959, 218; nello stesso senso F. Ferrara, 1985, 458.
[52] P. Stanzione, 1975, 87.
[53] «Una cosa è occuparsi della cura e dello studio del cervello, altra cosa è occuparsi della cura e dello studio della mente»: Mario Iannucci, 2018, 1.
[54] Cfr. P. Rescigno, 1958a, 861.
[55] Ivi.

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

dottrina ad evidenziare la prospettiva quasi esclusivamente economicistica dello studio della capacità d'agire[56].

Conferma di ciò si ha, ad es., nella disciplina dell'incapacità naturale dove le norme principali di riferimento si occupano dell'attività negoziale dell'incapace e si focalizzano sulla capacità di apprezzare la portata economica dell'atto posto in essere; ma

> «la protezione della dignità dell'uomo e la promozione dello sviluppo della sua personalità (...) trovano precipuo svolgimento nelle situazioni giuridiche soggettive personali, in quelle cioè che garantiscono al singolo la realizzazione dei valori (...). In tale contesto, le situazioni giuridiche patrimoniali vanno ad occupare una posizione strumentale e comunque subalterna rispetto a quella in cui si collocano le situazioni personali (...); s'impone la necessità di ribaltare la prospettiva finora seguita, accordando così primaria importanza al momento esistenziale della persona»[57].

Si evidenziava, dunque, già allora l'esigenza di apertura ad altre prospettive di studio della regolamentazione dei comportamenti umani. In questa direzione il contributo delle scienze cognitive può essere determinante non solo, come si è detto, là dove si tratta di ritagliare la misura di protezione più idonea per l'incapace ma, anche, per assumere e migliorare scelte legislative e orientamenti giurisprudenziali. L'idoneità alla cura dei propri interessi assume valenza giuridica ai fini dell'acquisto della capacità d'agire in un momento preciso e determinato dal legislatore: il raggiungimento della maggiore età (art. 2 c.c.). Tale momento segna, infatti, «un criterio netto di demarcazione»[58], il passaggio dall'incapacità alla capacità d'agire.

L'art. 2 c.c. fissa il criterio generale della capacità d'agire per tutti coloro che siano maggiorenni e, contestualmente, pone eccezioni alla regola: età diversa può essere stabilita per determinati tipi di atti e, in materia di capacità di lavoro, può essere stabilita un'età inferiore; anche il minore può essere abilitato all'esercizio dei diritti dipendenti dal contratto di lavoro. Il raggiungimento della capacità di discernimento[59], di intendere e di volere che è presupposto della capacità d'agire[60], è fissato dal legislatore al compimento del diciottesimo anno d'età.

Solo chi ha l'idoneità alla gestione dei propri interessi ha, per il diritto, capacità d'agire, quella forma, cioè, attraverso la quale la soggettività giuridica troverebbe il suo normale svolgimento consentendo al soggetto incapace «di uscire dalla mera posizione statica che gli deriva dalla capacità giuridica»[61].

La capacità d'agire si acquista unicamente in presenza di un presupposto di fatto; non ogni uomo, infatti, in quanto tale, è capace di agire; essa può essere limitata,

[56] P. Stanzione, 1975, 162-163.
[57] Ivi, 1975, 164.
[58] Ivi, 1975, 167.
[59] Ancora una volta è d'obbligo il rinvio a Stanzione, 1975.
[60] A. Falzea, 1960, 41; L. Bigliazzi Geri, Breccia, F. D. Busnelli, U. Natoli, 1987, 103; scrive F. Messineo, 1959, 227: «la capacità d'agire corrisponde a uno stato psichico di idoneità a intendere e volere».
[61] A. Falzea, 1960, 19.

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

parziale, può esservi incapacità d'agire e questa, a sua volta, non essere piena, senza che tali mutamenti snaturino il concetto stesso di capacità e con esso si pongano in una logica antinomia. Legata all'interesse della persona che agisce essa è suscettibile di specificazioni corrispondenti ad altrettanti campi nei quali l'agire umano opera per l'esercizio e la tutela dei propri diritti: si parla, così, di capacità negoziale, extranegoziale e di capacità di stare in giudizio[62], designando la prima l'idoneità del soggetto all'autoregolamentazione dei propri interessi attraverso lo strumento negoziale, sia sotto il profilo attivo sia sotto quello della mera ricezione, la seconda sinteticamente definita come «l'idoneità del soggetto al compimento e alla ricezione degli atti giuridici in senso stretto»[63] ed esprimendo, infine, la capacità processuale la possibilità del soggetto di esperire in giudizio azioni e di opporre eccezioni a tutela dei propri diritti ed interessi.

Così articolata, la capacità d'agire rappresenta la regola nei vari campi in cui essa opera, pur essendo, diversamente dalla capacità giuridica, disciplinata da singole norme che subordinano l'acquisto, le modifiche e la perdita a situazioni di fatto: come qualità giuridica, ed indipendentemente dal compimento di alcun atto, si acquista col maturare di una determinata situazione corrispondente al raggiungimento di «uno stato psichico di idoneità a intendere e volere»[64], normativamente fissato al raggiungimento della maggiore età. Si è sottolineato[65] come l'attenzione che il l'ordinamento riserva alla capacità del minore, soprattutto il sistema della legislazione speciale in tema di adozione e di affidamento condiviso, consenta di fuoriuscire dallo schema rigido dell'età per dar rilievo alla capacità, all'inclinazione naturale, senza mai racchiudere, nelle strette maglie di una definizione generale ed astratta, la definizione di capacità «essendo la stessa destinata a modellarsi – per precisa scelta normativa – sulle singole fattispecie concrete, sul singolo minore e sulle sue peculiari caratteristiche». Il che, aggiungiamo noi, può raggiungersi anche, e forse soprattutto, grazie ad indagini comportamentali, studi e strumenti che ci provengono dalle scienze cognitive il cui contributo può apprezzarsi, tangibilmente e immediatamente, nel campo delle incapacità.

5. L'incapacità d'agire (tra uomo e persona)

Alla regola generale della capacità legale d'agire si contrappone l'incapacità[66] cioè «l'inidoneità del soggetto ad assumere comportamenti giuridici validi»[67].

[62] C. M. Bianca, 1990, 209.
[63] Così C. M. Bianca, 1990, 210. Sul punto cfr. P. Rescigno, 1958a, 866, per il quale la capacità necessaria per la riferibilità al soggetto degli atti non negoziali è determinata dall'art. 2046: si tratta, cioè della capacità naturale, riferibile tanto agli atti leciti che agli atti illeciti, che producono «effetti conformi ed effetti difformi dall'interesse dell'agente».
[64] F. Messineo, 1959, 227.
[65] P. Stanzione, 2010, §7.
[66] Così F. Messineo, 1959, 228 e F. Degni, 1939, 5, per il quale «anche la capacità d'agire deve considerarsi come norma e regola coincidente con la capacità di diritto, quindi, come eccezione, la incapacità d'agire».

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

L'incapace di agire è soggetto di diritto e, come tale, potenziale destinatario di effetti giuridici[68]; è titolare di situazioni giuridiche che non può gestire proprio perché tale condizione implica l'inidoneità ad assumere validamente comportamenti giuridici, ma gli atti eventualmente compiuti producono effetti anche se contestualmente nasce la possibilità di rimuoverli[69]. L'incapacità d'agire trova il suo fondamento nel dato positivo – poiché per l'art. 2 c.c. incapace d'agire è chi, in linea generale, non abbia raggiunto la maggiore età – e si ricollega essenzialmente all'incapacità d'intendere e volere.

Incapace d'agire è, in primo luogo, il minore: opera, in questa ipotesi, indipendentemente dalla concreta attitudine alla cura dei propri interessi, una presunzione legale di immaturità psichica e, conseguentemente, di inidoneità a porre validamente in essere comportamenti giuridicamente rilevanti.

Si tratta di una forma di incapacità generale relativa a tutti gli atti leciti ed ai negozi, per i quali la legge non preveda un'età diversa, i cui effetti non possono stabilmente entrare a far parte della sfera giuridico patrimoniale del minore se non attraverso l'istituto della rappresentanza, ove, ovviamente, la natura dell'atto lo consenta. I negozi posti in essere dal minore sono annullabili né questa azione è subordinata alla dimostrazione che l'atto sia pregiudizievole per l'incapace[70]: l'incapacità legale è, infatti, istituto essenzialmente finalizzato alla tutela dell'incapace. Medesima sorte subiscono gli atti posti in essere dall'interdetto giudiziale sebbene l'istituto, pur essendo ugualmente finalizzato alla tutela dell'incapace, si fondi non su una presunzione legale di inidoneità alla cura dei propri interessi ma sul presupposto della concreta incapacità di intendere e volere. Accanto a tale forma di incapacità legale assoluta, che accomuna, pur nella diversità dei presupposti, il minore e l'interdetto giudiziale, si delinea, nella disciplina civilistica, una forma più attenuata di incapacità, un'incapacità relativa che si sostanzia nella limitata capacità dell'emancipato e dell'inabilitato.

L'emancipazione, che si acquista col matrimonio (art. 390 c.c.), attribuisce al minore una capacità d'agire piena per ciò che concerne gli atti di ordinaria amministrazione e gli atti di natura personale, e limitata relativamente agli atti di straordinaria amministrazione; questi ultimi necessitano del consenso del curatore e dell'autorizzazione del giudice tutelare o, in alcuni casi, del tribunale (art. 394 c.c.).

Ipotesi particolare è quella dell'emancipato autorizzato dal tribunale all'esercizio di un'impresa commerciale: in tal caso il minore può compiere da solo tutti gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione anche se estranei all'esercizio d'impresa (art. 397 c.c.).

---

[67] Cfr., testualmente, G. Arena, 1970, 909.
[68] Scrive F. Messineo, 1959, 229: «l'incapacità d'agire, quale mera privazione dell'esercizio del diritto, lascia impregiudicata la spettanza dello stesso».
[69] G. Arena, 1970, 916.
[70] Ai sensi dell'art. 1425 c.c., I comma, l'incapacità legale di una delle parti rappresenta, di per se stessa, causa di annullabilità del contratto.

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

Al di là di quest'ultima, specifica, ipotesi la limitata capacità dell'emancipato determina l'annullabilità degli atti posti in essere senza le formalità prescritte né, ai fini dell'esperimento dell'azione, è richiesto l'ulteriore requisito di un particolare pregiudizio derivante al minore dall'atto.

Il medesimo stato di ridotta capacità d'agire caratterizza la condizione dell'inabilitato, pur essendo, nella sostanza, profondamente differenti i presupposti dei due istituti. Mentre con l'emancipazione si attribuisce una limitata capacità d'agire a chi non abbia ancora raggiunto, per l'ordinamento, la piena capacità d'intendere e di volere, con l'inabilitazione si dichiara, invece, giudizialmente lo stato di «ridotta capacità di agire della persona maggiorenne che, per le sue condizioni mentali o fisiche, non è pienamente in grado di curare i propri interessi economici»[71]. Gli atti dell'inabilitato, così come quelli dell'emancipato, possono essere annullati se compiuti senza le prescritte formalità: anche in questo caso non si richiede l'esistenza di alcun pregiudizio derivante dall'atto all'incapace dichiarato.

Appare evidente come, fatta eccezione per l'amministrazione di sostegno, il legislatore dell'incapacità operi una sorta di «standardizzazione» dell'incapacità o, meglio, delle potenzialità dell'incapace che non riflette il concetto scientifico per il quale «la coscienza e la consapevolezza vanno intese dal punto di vista neuroscientifico, non come una componente statica, ma si inseriscono nel contesto dell'interazione tra funzionamento cognitivo, risposte psicologiche e psicofisiologiche individuali, influenze socio-ambientali e culturali»[72].

Così, in relazione al minore, ci troviamo di fronte ad una condizione di transizione verso l'età adulta[73] caratterizzata da fasce di età a cui corrispondono, in archi temporali limitati, maturità e capacità differenti che variano non solo in funzione dell'età ma anche del sesso. La fase adolescenziale[74], ad esempio, presenta tratti e periodi differenti a

[71] C. M. Bianca, 1990, 237.
[72] V. *Memorandum Patavino*, 2015, 7.
[73] L. Scillitani, 2011, 204 ss., pone in luce, argomentando sulla base di riferimenti ad autorevoli studi di psicoanalisi, antropologia culturale e psicologia (v., sul punto, 204 e ss.) – che ci consegnano «la condizione del *pensiero* e della *socialità* infantili come il substrato permanente del pensiero e della socialità storicamente consolidati nelle forme dello sviluppo civile-culturale dell'umanità (204)» – come «quando gli ordinamenti giuridici positivi predispongono le loro reti di protezione attorno al fanciullo, lo fanno probabilmente per preservare le condizioni stesse della vita associata(...). La progressiva estensione dei diritti al soggetto-fanciullo risponde a una esigenza interna all'autopercezione e all'autocostituzione delle società umane, sebbene la linea lungo la quale si svolge proceda dal modello dei diritti dell'adulto» (206).
[74] Si legge in *Memorandum Patavino*, 2015, 6: «I risultati delle ricerche neuroscientifiche (Luna et al., 2001; Spear, 2000) suggeriscono che comportamenti autocontrollati, pianificati, socialmente cooperativi, moderati e di evitamento del rischio sono talvolta 'incompatibili' con l'infanzia, l'adolescenza e l'emergente età adulta, non solo per una questione di "capricciosità", ma per un'immaturità neurofunzionale, psicologica e relazionale (Keating, 2004). Da queste ricerche emerge quindi la necessità di verificare, attraverso metodi scientifici e neuroscientifici, se gli adolescenti siano in grado *maturazionalmente* di controllare il loro comportamento, evitare il rischio e comprendere le conseguenze delle loro azioni. La differenza tra un bambino e un adulto risiede quindi nell'emergere delle funzioni esecutive e nel loro perfezionamento. In linea con la letteratura precedente alcuni studi condotti da Pontinus (2003) confermano come il sistema frontale non sia ancora propriamente maturo negli adolescenti delinquenti o

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

seconda che si tratti di maschi o di femmine; ancora, mentre non sembrano esistere differenze apprezzabili, quanto a maturità, tra un diciottenne e un diciassettenne, notevole, invece, può essere la diversità di un solo anno in una fascia di età più bassa. Tale differenza non esiste, né potrebbe esistere, per l'ordinamento giuridico che non può delineare, in via generale ed astratta, tante capacità quante sono le fasi della maturità. Per l'ordinamento giuridico un ragazzo di diciotto anni raggiunge piena maturità poiché diviene capace di agire; «per la scienza, invece, le facoltà cognitive non si perfezionano al compimento della maggiore età, ma sono ancora in fase di sviluppo e maturazione insieme alle competenze sociali e affettive e alle caratteristiche personologiche, almeno fino ai 20 anni di età (...). Partendo da questo assunto, la valutazione del giovane adulto dovrebbe tener conto di questo importante e oggettivo dato scientifico»[75].

In quanto maggiorenne, il soggetto, anche se diciottenne, ha l'idoneità ad autoregolamentare i propri interessi, quindi capacità decisionali che si traducono in atti giuridicamente validi.

La prospettiva neuroscientifica ci mostra una valutazione della capacità decisionale, attraverso strumenti di indagine neuropsicologica volti a verificare le seguenti funzioni cognitive: a) attenzione, b) memoria, c) funzioni esecutive, d) linguaggio, e) abilità visuo-spaziali. In ogni caso, la valutazione della capacità, in tutte le sue sfaccettature, deve implicare un approccio multidimensionale di tipo neuropsicofisiologico. In tale itinerario la valutazione della capacità segue l'articolato percorso della raccolta di informazioni relative alla storia personale del paziente, della somministrazione di test psicovalutativi, dell'apprezzamento delle singole e specifiche capacità e dell'interpretazione dei risultati[76].

---

comunque risulti in molti casi disfunzionale (Pontius & Rutting, 1976; Pontius & Yudowits, 1980) ed è per questa immaturità cerebrale che gli adolescenti si comportano in modo più rischioso rispetto agli adulti. Durante l'adolescenza il cervello è anche influenzato dal sistema limbico e dalle regioni sottocorticali associative quali l'amigdala e l'ippocampo, regioni cerebrali che governano gli impulsi, le emozioni e la memoria. Negli adolescenti, essendo quest'area ancora non completamente sviluppata, la modulazione e il controllo delle emozioni e degli impulsi potrebbe essere compromessa creando difficoltà anche nell'elaborazione delle ipotesi su cosa potrebbe accadere in conseguenza di un'azione. Lo sviluppo della sostanza grigia dal punto di vista strutturale avviene a quest'età secondo un processo *back to front* (Giedd *et al.*, 1999), che prevede lo sfoltimento delle connessioni neurali in disuso in linea con la maturazione del cervello e il processo di postura delle connessioni neurali».

[75] Così, in *Memorandum Patavino*, 2015, 6-7. V., sul punto, V. Zambrani, 2018, 18.

[76] «Il percorso valutativo ideale della capacità dovrebbe includere: *a)* una dettagliata (ed eventualmente strutturata) anamnesi con il soggetto da esaminare e tutti coloro che possono dare informazioni (familiari, amici, colleghi di lavoro, medico curante, ecc.); *b)* una batteria di *test* neuropsicologici che, laddove possibile, contenga *test* empiricamente validati, esploranti sia lo stato cognitivo generale, sia quelle funzioni cognitive la cui integrità è ritenuta indispensabile per quella singola capacità (es. funzioni esecutive per la capacità di fare una scelta, memoria per la capacità a testimoniare, funzioni di controllo ed attentive per la guida, ecc.), e che fornisca utili informazioni quantitative sul livello di abilità; *c) assessment* delle abilità correlate alla singola capacità attraverso l'osservazione del comportamento o altri tipi di valutazione funzionale, *ivi* incluso l'utilizzo di strumenti che permettano una rappresentazione ecologicamente valida della capacità individuale; *d)* valutazione del funzionamento affettivo-emotivo; *e) interpretazione* dei risultati alla luce della patologia (caratteristiche cliniche, decorso, ecc.), graduando i rilievi agli *standard* legali di riferimento (vedasi ad esempio soglie legali per il consenso informato nella malattia di Alzheimer).

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

È di immediata percezione il divario, di percorsi e misure, tra realtà giuridica e prospettiva neuroscientifica, dislivello che si traduce nella rigidità del binomio giuridico capacità/incapacità.

A ben riflettere, però, il divario è meno profondo di quello che sembra e proprio nella disciplina del contratto del minore troviamo un'indicazione per la costruzione di un percorso atto a ridurre il distacco ed integrare il sistema. Il contratto del minore è valido se egli ha occultato con artifizi e raggiri la minore età; l'apprezzamento dell'artifizio e del raggiro altro non è che una valutazione della capacità di discernimento, che nella maggior parte dei casi i minori possiedono, come la prassi evidenzia. Sono di tutta evidenza, ed appartengono oramai all'esperienza comune, gli esempi di acquisti conclusi dai minori in via telematica[77], utilizzando il *computer* e la rete, che possono andare da cifre modifiche a cifre (relativamente) consistenti e la cui invalidità è subordinata alla dimostrazione anche di requisiti che concorrono tutti alla dimostrazione dell'assenza (o presenza) della capacità di comprendere la portata economica dell'atto posto in essere.

La standardizzazione operata dal legislatore con l'incapacità legale del minore non rende, almeno nel campo della invalidità del contratto, rappresentazione fedele della realtà della minorità (che va da zero a diciotto anni): altro è, ad es., l'acquisto posto in essere da un ragazzo la cui fascia di età si collochi tra i dieci e i tredici anni, altro è l'acquisto posto in essere da un ragazzo che abbia invece un'età compresa tra i sedici e i diciotto anni. Proprio i risultati degli studi e delle ricerche neuroscientifiche possono dare utili indicazioni per l'elaborazione di modelli più aderenti alla realtà ed idonei a «porre fine alla discordanza tra quanto sancito nelle norme e ciò che si verifica nella prassi»[78].

Con l'amministrazione di sostegno la distanza tra scienza e diritto, piano biologico (livello cognitivo) e piano giuridico (limitata capacità del beneficiario), uomo e persona, è sicuramente minore e la saldatura tra sistema biologico e sistema giuridico[79] è più solida e mostra meno evidente il segno della demarcazione.

Infine, un approccio etico prevede anche *f)* l'identificazione e la raccomandazione di interventi di adattamento e supporti ambientali tesi a migliorare le capacità decisionali del soggetto, nonché percorsi di stimolazione cognitiva e riabilitazione neuropsicologica finalizzati a potenziare i domini cognitivi che sottendono la capacità decisionale (Rudebeck & Murray, 2014)»: *Memorandum Patavino*, 2015, 9-10.

[77] Le riflessioni di F. Rossi, 2017, pongono l'attenzione su una circostanza: lo stesso legislatore, nel codice del consumo (art. 20 e 31) sembra recepire la capacità contrattuale del minore collocandolo, in un certo senso, nella categoria del «consumatore particolarmente vulnerabile»; significativa in tal senso l'indicazione della disposizione di cui all'art. 31, *Tutela dei minori*, che espressamente prevede a tutela dei minori, il criterio per il quale (lett. a) la televendita non deve «esortare i minorenni ad acquistare un prodotto o un servizio» il che, per l'A., significa, in sostanza, prendere atto della prassi che vede minorenni concludere contratti di acquisto di beni di consumo.

[78] F. Rossi, 2017, 9.

[79] C. Perlingieri, 2015, 156: «Le diverse tecniche rivolte all'analisi dell'attività elettrica cerebrale – si pensi al *Neuroimaging*, allo studio dell'amigdala e delle regioni prefrontali, alle tracce della memoria – prospettano l'individuazione del nesso causale tra lo stato mentale e lo specifico comportamento, la patologia mentale e l'azione concreta: questione rilevante anche per superare la tesi c.d. riduzionistica secondo la quale "l'esistenza di una persona consiste solo nell'esistenza di un cervello e di un corpo, nonché nel ricorrere di una serie di eventi fisici e mentali correlati", sì che il comportamento dell'essere umano potrebbe essere compreso esclusivamente in base a dati fisiologici (neuroni, geni ecc.), con conseguente

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

L'ordinamento giuridico disegna, dunque, il sistema dell'incapacità legale sia assoluta sia relativa ed esprime, così, istituti volti a tutelare essenzialmente l'incapace, e ciò sia in una fase preventiva, attraverso i meccanismi di protezione di cui si è detto, sia in un momento successivo, con la disciplina dell'invalidità degli atti compiuti dall'incapace, annullabili senza la necessità che siano produttivi di effetti dannosi.

Principi differenti operano in materia di incapacità naturale dove il parallelismo tra neuroscienze e diritto sembra davvero scomparire fino ad arrivare al punto di convergenza.

6. L'incapacità naturale: la disciplina codicistica

In materia di incapacità naturale, il sistema di protezione degli incapaci che il dato positivo ci consente di ricostruire assume una posizione autonoma e del tutto peculiare con caratteristiche sue proprie e affatto differenti dall'incapacità legale, anche nella più ampia diversificazione che la legge istitutiva dell'amministrazione di sostegno (L. 9 gennaio 2004, n. 6) ha realizzato. La norma fondamentale e caratterizzante resta tuttora l'art. 428 c.c. che non ha subito modifiche e che subordina l'annullabilità degli atti e dei contratti dell'incapace naturale alla sussistenza del grave pregiudizio per l'incapace e della concorrente malafede dell'altro contraente; la disposizione, nella formulazione che il testo definitivo del codice civile del 1942 ci ha consegnato, ha segnato in materia di incapacità naturale il punto di evoluzione dell'impianto normativo attuale rispetto a quello previgente[80]. La scelta normativa è indicativa di un sistema giuridico più evoluto che accoglie al suo interno quell'ampia zona che ricomprende situazioni mentali abnormi, dovute ad es. ad alcoolismo, uso di sostanze stupefacenti, deficienze o infermità mentali non abituali che consentono, comunque, stati di lucidità, condizioni di disagio e fragilità mentali che la mutata sensibilità contemporanea[81] ritiene comunque rilevanti ai fini della tutela.

La dialettica tra dottrina e giurisprudenza sul problematico rapporto tra il primo e il secondo comma è indice di una visione economicistica del problema.

L'orientamento della giurisprudenza prevalente[82] individua nel dettato dell'art. 428 c.c. due ipotesi differenti e tra loro distinte. Tale posizione trova ampio riscontro in

---

riduzione della soggettività e della volontà a semplici "nomina", ossia a complessi sistemi di funzionamenti neuronali».

[80] Sotto il vigore del cod. civ. del 1865 il negozio compiuto da chi non fosse nel pieno possesso delle proprie capacità intellettive e volitive veniva, infatti, considerato da dottrina e giurisprudenza nullo o inesistente, operando l'annullabilità nelle limitate ipotesi previste dagli artt. 336 e 337.

[81] Si veda, ad es., tra le normative più recenti, la l. 22 giugno 2016, n. 112, *Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare*, pubblicata in *G. U.*, 24 giugno 2016, n. 146.

[82] La giurisprudenza maggioritaria ritiene che il pregiudizio non sia requisito necessario per l'annullamento del contratto, rilevando esso non in via autonoma, ma solo come indice sintomatico della malafede

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

dottrina. Si sostiene[83], così, che il principio dettato dal primo comma vada riferito esclusivamente agli atti e non ai contratti e che, pertanto, in relazione a questi ultimi l'incapacità di intendere o volere divenga rilevante se accompagnata dalla malafede[84] che può, ma solo in via eventuale, risultare dal pregiudizio derivato all'incapace non dichiarato, così come può desumersi dalla natura del contratto o altrimenti [85]. Con il primo ed il secondo comma, inoltre, si tutelerebbero interessi diversi e, precisamente, l'integrità del patrimonio dell'infermo di mente, per ciò che concerne la disciplina dei negozi unilaterali, e la buona fede del terzo nei contratti[86] sicché il grave pregiudizio sarebbe condizione necessaria per l'annullamento dei soli atti unilaterali, dove l'esigenza di tutelare l'affidamento è debole[87], e non dei contratti, richiedendosi, invece, per questi ultimi, la malafede dell'altro contraente[88]; tale conclusione troverebbe conforto nel tenore letterale della norma che al secondo comma menziona il pregiudizio unicamente come uno degli indici sintomatici della malafede dell'altro contraente.

La contrapposta opinione che individua nel grave pregiudizio per l'incapace un requisito essenziale per l'annullamento anche dei contratti e non solo, quindi, degli atti unilaterali, muove da una considerazione unitaria della norma e degli interessi ad essa sottesi. Il primo comma dell'art. 428 c.c. esprimerebbe un principio generale, di per se stesso idoneo a disciplinare tutta l'attività giuridicamente rilevante dell'incapace, ma non sufficiente a garantire la tutela dell'altrui affidamento[89]; quest'ultima esigenza verrebbe soddisfatta dalla enunciazione del secondo comma[90] per la quale accanto al pregiudizio si richiede il requisito della malafede della controparte, limite, quest'ultimo, all'impugnativa

dell'altra parte; in tal senso, tra le più recenti: Cass., 30 settembre 2015, n. 19458, *CED Cassazione*, 2015; Cass., 12 settembre 2014, n. 19350, in *Vita Notar.*, 2014, 3, 1455. Nel senso, invece, che anche nei contratti il pregiudizio sia presupposto necessario per l'annullamento e che, accanto ad esso, necessiti l'ulteriore requisito della malafede, v., per la meno datata tra le poche, Cass., 25 marzo 1993, n. 3589, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 132 ss, preceduta dalla più risalente Cass., 15 novembre 1954, n. 4230, in *RFI*, 1954, voce *Obbligazioni*, c. 1822, n. 357.

[83] M. Allara, 1955, 150 ss.; scrive l'Autore (153): «All'interprete sono pertanto offerte due vie: o procedere alla interpretazione abrogante del secondo comma, perché inutile, o ritenere che la norma del primo comma non vada riferita al contratto». L'A. propende per tale ultima soluzione.

[84] E. Betti, 1960, 223-224.

[85] M. Allara, 1955, 154; nello stesso senso, M. Giorgianni, 1939, 408-409; P. De Lise, 1964, 257; F. Galletta, 1981, 615 ss.

[86] M. Giorgianni, 1939, 409; più recentemente, l'accento sulla tutela della buona fede viene posto da chi (A. Manganiello, 1994, 369) ritiene che con l'art. 428, II comma, il legislatore abbia «al di là di ogni possibile pregiudizio che (...) possa giungere in capo al soggetto incapace (...) cercato comunque di proteggere e di nuovo confermare la tutela del principio di buona fede e, per converso, la sanzione di ogni stato soggettivo di malafede comunque in capo ad un contraente» (380).

[87] E. Roppo, 1977, 207. L'Autore, in ogni caso, propende per l'opzione interpretativa del cumulo dei due requisiti per l'annullamento del contratto (E. Roppo, 2001, 774-776).

[88] Così L. Cariota Ferrara, 1948, 479; nello stesso senso E. Betti, 1960, 224; F. Santoro Passarelli, 1940, 44; F. Santoro Passarelli, 1981, 37-38; M. V. Trimarchi, 1955, 292 ss.

[89] P. Rescigno, 1950, 38, per il quale «i contratti sono considerati nella laconica intestazione sicuramente atti»; P. Rescigno, 1951, 154.

[90] Così F. Galgano, 1988, 270 - 271. Nello stesso senso E. Roppo, 2001, 775.

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

posto a tutela dell'altrui affidamento[91]. L'incapace naturale, dunque, verrebbe tutelato solo *tamquam laesus*[92] costituendo – si è sostenuto[93] – il pregiudizio «la ratio della sanzione di annullamento», l'elemento «che consente di verificare una ragione obiettivamente grave che mini profondamente il contenuto dell'atto di autonomia della parte»[94].

Sulla sussistenza del grave pregiudizio rilevante unitamente alla malafede ai fini dell'annullamento del contratto si consolida, dunque, la dottrina che interpreta il secondo comma dell'art. 428 c.c. come una specificazione del primo e conclude per il cumulo dei due requisiti ai fini dell'annullamento.

La dialettica prospettazione del dubbio interpretativo posto dal rapporto tra il primo e il secondo comma dell'art. 428 c.c. è indicativa di una prospettiva esclusivamente economicistica del problema, alla quale anche chi scrive aveva aderito[95], che va mutata, perché lontana dai principi costituzionali di tutela della persona; l'art. 428 c.c. necessita, oggi, di una rilettura costituzionalmente orientata, come già proponeva la dottrina[96] che, nell'accogliere la tesi della sufficienza della sola malafede ai fini dell'annullamento anche dei contratti, argomentava come tale soluzione fondasse le basi sul necessario raccordo di questa disposizione con i «valori interferenti» che sono, nella specie, l'art. 32 della Costituzione ed il principio di eguaglianza sostanziale sancito dall'art. 3 cost., entrambi attuativi del più generale dettato costituzionale della solidarietà sociale (art. 2 Cost.).

Quando la norma è nata non c'era ancora la Costituzione, ma la Costituzione era già vigente quando il nostro legislatore, con la legge sull'amministrazione di sostegno, ha rivisitato il titolo XII del libro I del codice non mostrando sensibilità in tal senso: la l. n. 9/ 2004, ha inserito nell'intitolazione del Capo II, Titolo XII, libro I del cod. civ., la locuzione incapacità naturale, integrando l'originaria formulazione ma lasciando invariato l'art. 428 c.c.; si è persa, con ciò, l'occasione di riscrivere la norma alla luce dell'art. 2 cost.[97].

L'incapace è persona, soggetto debole, prima di essere parte contrattuale e il termine incapace nel contesto della disposizione normativa di cui all'art. 428 c.c. non esprime

[91] Così F. Messineo, 1959, 233; F. Galgano, 1988, 272.
[92] E. Bertagnoni, 1946, 490. Nello stesso senso, e per la necessità anche nei contratti del grave pregiudizio per l'incapace, P. Rescigno, 1950, 49-50, nota 110, e 190; L. Barassi, 1955, 136; L. Barassi, 1946, 49 e 51; C. Gangi, 1948, 100; D. Barbero, 1965, 155-156; R. Sacco, 1950, 215, nota 22; F. Carresi, 1987, 425.
[93] F. Lucarelli, 1964, 29-30.
[94] Ivi, 28-29.
[95] E. Leccese, 1999.
[96] F. Bocchini, 1976, 936; secondo l'Autore, il collegamento della protezione dell'incapace alla tutela della salute determinerebbe un ampliamento della tutela in quanto l'annullamento del contratto potrebbe essere chiesto «ogni qualvolta vi sia, comunque, un attentato ai diritti della personalità in tutte le prerogative che specie i principi fondamentali della Costituzione implicano» (941).
[97] In una prospettiva di riforma della normativa civilistica in materia di infermità mentale, con specifico riferimento all'incapacità naturale, si è formulata, oramai parecchi anni fa, l'ipotesi di abrogazione dell'art. 428 c.c. interamente sostituito da un nuovo art. 432 bis (sul punto, P. Cendon, 1988, 117 ss.). L'innovazione, mai attuata dal legislatore, avrebbe comportato un trattamento unificato per gli atti unilaterali e per i contratti il cui annullamento sarebbe stato subordinato unicamente alla sussistenza del grave pregiudizio per l'autore.

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

l'essenza del fenomeno della debolezza del soggetto, della sua impossibilità, per diversificate limitazioni psico-fisiche, di partecipare in condizioni di eguaglianza sostanziale alla vita sociale, di svolgere, in condizioni di parità, tutte quelle situazioni soggettive attive che l'ordinamento gli riconosce nelle forme di interesse protetto.

La protezione dell'incapace, del soggetto debole, è pilastro della tutela della persona, nerbo e costrutto fondamentale della categoria dell'essere[98], ma non sempre è supportata da adeguati strumenti normativi: le neuroscienze cognitive possono fornire contributi fondamentali per la rielaborazione di regole giuridiche che siano reali strumenti di tutela per l'incapace naturale.

7. Lo stato di incapacità naturale: un possibile punto di convergenza

Proprio l'art. 428 rappresenta l'occasione, per la giurisprudenza, per l'affermazione di concetti la cui sistemazione potrebbe avvalersi del contributo, importantissimo, delle neuroscienze cognitive. Così, ad es., e in tema di definizione dello stato di incapacità naturale, emerge che la possibile transitorietà dello stato psichico rappresenta l'elemento costante della definizione di incapacità naturale e, al contempo, il carattere che consente di distinguere l'incapacità naturale da quella che può dar luogo ad interdizione dove, invece, tale condizione, come emerge dal dato testuale dell'art. 414 c.c., deve avere il requisito dell'abitualità. Più sfumata, invece, sotto il profilo del fatto, la differenza con la situazione psico-fisica che può dar luogo ad amministrazione di sostegno[99].

L'aggettivo compare anche nella relazione al codice ove si legge che il grado di intensità del vizio di mente «deve essere di tale gravità da togliere la capacità d'intendere e di volere, qualunque ne sia la causa, anche cioè se di carattere transitorio»[100].

---

[98] P. Perlingieri, 2006, 165 ss.

[99] La Suprema Corte (Cass., 8 febbraio 2012, n. 1770, in *Giur. it.*, 2012, 7, 1524), con riferimento ad una pronuncia di rigetto dell'istanza di inabilitazione, ha tratteggiato le differenze tra le situazioni che possono dar luogo ad un regime di protezione, ponendo in luce come «i presupposti dell'inabilitazione in base all'interpretazione dell'istituto anteriore all'entrata in vigore della L. 9 gennaio 2004, n. 6, che ha riformato, con l'introduzione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, il regime di protezione delle persone incapaci ed innovato grandemente anche il regime dei reciproci discrimina tra gli istituti tradizionali ed il nuovo (dovendosi ora invece ritenere, in conformità con l'indirizzo interpretativo di questa Corte, che piuttosto la scelta dell'istituto da applicare dipende dalla maggiore rispondenza di ciascuno alle reali esigenze del loro beneficiario: Cass. 22 aprile 2009, n. 9628): tali presupposti si individuavano sostanzialmente in un'infermità mentale tale da ridurre l'inabilitando in uno stato permanente di incapacità di provvedere da sé solo alla cura dei suoi affari, bisogni ed interessi, sia pure in misura meno grave dell'interdizione, la quale escludeva del tutto l'idoneità del soggetto a tal fine (...). Al contrario, l'incapacità naturale, prevista dall'art. 428 c.c. si connota non già per la totale o sensibile privazione delle facoltà intellettive e volitive, essendo sufficiente la sola menomazione di esse, tale comunque da impedire la formazione di una volontà cosciente, facendo così venire meno la capacità di autodeterminazione del soggetto e la consapevolezza in ordine all'atto che sta per compiere».

[100] V. *Relazione al Codice* (*Codice civile-Relazione del Ministro Guardasigilli preceduta dalla Relazione al Disegno di Legge sul «Valore giuridico della Carta del Lavoro»,* I edizione stereotipata dal testo ufficiale, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, Libreria, 1943, Anno XXI), *sub* §211, 138.

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

La giurisprudenza, utilizzando come sinonimiche le locuzioni «incapacità di intendere o volere» e «incapacità naturale» ha esplicitato tale condizione come uno stato psichico abnorme, pur se improvviso e transitorio e non dovuto ad una tipica infermità mentale, che abolisca o scemi notevolmente le facoltà intellettive o volitive, in modo da impedire od ostacolare una seria valutazione degli atti stessi o la formazione di una volontà cosciente, facendo quindi venire meno la capacità di piena autodeterminazione del soggetto e la completa consapevolezza in ordine all'atto che sta per compiere ma non necessariamente tale da annullare le facoltà psichiche del soggetto[101]. È questo l'orientamento attuale, pur con qualche oscillazione dovuta certamente alla natura dell'atto impugnato[102].

L'ampia gamma di situazioni riconducibili alla nozione di incapacità naturale evidenzia come l'art. 428 c.c. sottintenda una nozione di incapacità più ampia di quella tradizionalmente accolta come incapacità legale[103]. Questa medesima circostanza, per la quale una vasta e diversificata pluralità di situazioni può essere ricompresa nell'ampia dizione della norma, ha indotto parte della dottrina ad interrogarsi sulla portata dell'espressione «incapacità di intendere o volere» e ad orientarsi per un'interpretazione, se non restrittiva, quantomeno limitativa della stessa[104] e riconducibile, sostanzialmente, alle ipotesi di inidoneità all'apprezzamento della portata dell'atto ma non tale da coincidere con l'assenza di un contenuto minimo di volontà[105]. Ulteriore interrogativo che ha caratterizzato il dibattito della dottrina sul punto è quello relativo al valore della disgiuntiva «o» che, nella dizione dell'art. 428 c.c., sembra separare la capacità di intendere da quella di volere. Il rilievo comune per il quale l'incapacità di intendere e di volere, che esprime una situazione del soggetto di incapacità «ad intendere l'importanza

[101] È questo l'orientamento giurisprudenziale attuale; tra le più recenti statuizioni, v.: Cass., 30 maggio 2017, n.13659, in *CED* Cassazione; Cass., 28 novembre 2016, n. 24122, in *Lavoro nella Giur.*, 2017, 3, 296; Cass., 19 maggio 2016, n. 10329, in *Giur. it.*, 2017, 1, 41. Diversamente, invece, un orientamento meno recente il quale, pur ammettendo che l'incapacità naturale possa essere dovuta a qualsiasi causa, anche transitoria riteneva, tuttavia, che il grado di intensità del vizio dovesse essere di gravità tale «da impedire la valutazione dei propri atti e la formazione di una volontà cosciente»: Cass., 24 aprile 1954, n. 1252, in *Giust. civ.*, 1954, p. 913; Cass., 26 aprile 1954, n. 1273, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1954, 5, 70 ss.; Cass., 10 luglio 1986, n. 4499, in *RFI*, 1986, voce *Successione ereditaria*, c. 3169, n. 61; Cass., 11 febbraio 1994, n. 1388, in *RFI*, 1994, voce *Interdizione*, c. 1132, n. 12.

[102] V., ad es., in materia di testamento, Cass., 6 maggio 2005, n. 9508, in *Guida dir.*, 2005, 24, 82.

[103] In tal senso B. Biondi, 1961, 227. Sul punto, cfr. R. Sacco - G. De Nova, 1993, 365-366, dove si ripercorre, sinteticamente, l'*iter* giurisprudenziale che ha condotto all'estensione di tale nozione. In giurisprudenza, e in epoca anteriore all'entrata in vigore della legge sull'amministrazione di sostegno, si è sostenuto che «il grado e l'intensità della malattia mentale necessaria e sufficiente per la pronuncia dell'inabilitazione sono inferiori a quelli richiesti per l'accertamento dell'incapacità naturale»: (Cass.,11 febbraio 1994, n.1388, cit.); si è ritenuto, inoltre, che lo stato di infermità psichica di cui all'art. 643 c.p. non costituisca un «*maius*» rispetto allo stato di incapacità di intendere o volere di cui all'art. 428 c.c., «ma semmai un *minus*»: Cass., 10 marzo 1994, n. 2327, in *Foro it.*,1994, I, c. 2752.

[104] Per F. Carresi, 1987, 422, l'ambito dell'incapacità naturale si restringe «a quelle fattispecie in cui taluno, pur essendo in grado di rendersi conto di compiere un atto negoziale, non sia tuttavia in grado, a causa di un obnubilamento delle proprie facoltà mentali, di apprezzarne in tutta la loro portata le relative conseguenze».

[105] F. Carresi, 1987, 421-422; V. Pietrobon, 1990, 293-294.

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

e la portata dell'atto e delle sue conseguenze, ed a volere l'atto ed il risultato pratico conseguibile con lo stesso»[106], può essere dovuta a cause transitorie che non giustifiche-rebbero la perdita della capacità d'agire[107], si arricchisce di ulteriori connotazioni relative alla sua funzione non solo, secondo alcuni[108], «viziante, ostativa della volontà» ma tale da determinare anomalie nella dichiarazione, come, ad esempio, nel caso di ipnosi o sonnambulismo[109].

L'osservazione per la quale, comunque, la volontà non può supplire alla menomazione dell'intelligenza e la mancanza di volontà impedisce al soggetto, anche se intelligente, una libera determinazione ha indotto la dottrina a ritenere irrilevante sul piano dell'art. 428 c.c. la distinzione[110] ed a reputare sufficiente, ai fini dell'annullamento dell'atto, che una sola delle due capacità sia menomata[111], dal momento che entrambe le incapacità, sia singolarmente sia unitamente considerate, non consentono al soggetto di «gerire da sé i propri interessi»[112]; la distinzione, comunque, troverebbe una sua ragione d'essere nelle situazioni che, in concreto, possono determinarsi: nelle tossicodipendenze, ad esempio, alla capacità di intendere non corrisponde una parallela capacità di determinarsi all'azione[113]. La giurisprudenza utilizza indifferentemente le due congiunzioni (e/o); le neuroscienze possono dirci se tale impiego indifferenziato sia corretto o meno poiché operano sul piano concreto delle tecniche individualizzate di tutela e non su quello astratto delle categorizzazioni. All'irrilevanza giuridica della distinzione corrisponde una significativa rilevanza della differenza tra capacità di intendere e capacità di volere sotto il profilo cognitivo/decisionale. E l'approccio neuroscientifico è differente.

Studi di neuroscienze cognitive, infatti, fanno emergere il ruolo della sfera affettiva che interagisce con quella della ragione componendo il dialogo tra emotività e razionalità, fondamentale nel processo cognitivo[114].

Il riconoscimento del ruolo delle emozioni nell'ambito di un percorso raziocinante, e la loro interazione con il pensiero razionale, con il ragionamento, non può essere ignorato dal giurista, interprete[115] o studioso.

---

[106] V. M. Trimarchi, 1955, 297.
[107] C. M. Bianca, 1990, 240.
[108] R. Sacco - G. De Nova, 1993, 367.
[109] Ivi, 368; nella trattazione si evidenzia come, in tale ipotesi, il vizio si sposti dalla volontà alla dichiarazione. N. Di Staso, 1980, 67, attribuisce rilevanza, nell'incapacità naturale, a qualsiasi stato abnorme, quali, ad es., l'ubriachezza, la suggestione ipnotica, l'impeto d'ira, l'intenso dolore.
[110] M. Stella Richter - V. Sgroi, 1967, 675; F. Carresi, 1987, 420, nota 667; nello stesso senso G. Dinacci, 1973, 252.
[111] In questo senso, E. Bertagnoni, 1946, 15.
[112] F. Messineo, 1972, 311, nota 50.
[113] F. Galgano, 1988, 269.
[114] Così E. Amodio, 2017, 9: «In questo sbocco non c'è solo la scoperta di un ponte tra due funzioni della mente, pur riconosciute pienamente autonome, ma anche l'emersione del ruolo insostituibile dell'esperienza emotiva la quale si rivela idonea a fornire un contributo fondamentale alla razionalità».
[115] È stato posto in rilievo (A. Forza, G. Menegon, R. Rumiati, 2017, 18) come «nei piani formativi dei magistrati e, prima ancora, nei loro sistemi di reclutamento mancano le più elementari nozioni condivise

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

Così, la differenza tra la sfera cognitiva e quella volitiva, che in termine giuridici si esprime con la locuzione capacità d'intendere e/o volere – e la cui distinzione è irrilevante sotto il profilo giuridico sicché (in)capacità/ di intendere e/o volere altro non appare essere che un'endiadi – diviene rilevante se riguardata alla luce dei risultati delle neuroscienze cognitive. In molti studi che si occupano del tema e del ruolo delle emozioni nei processi decisionali, sotto diversi profili e con differenti implicazioni, si descrivono i risultati di importanti ricerche ed esperimenti in campo neuroscientifico che hanno dimostrato come ad una perfetta ed integra capacità intellettiva (capacità d'intendere) si correli, talora, una assoluta incapacità di decidere (quindi capacità di volere); tra i casi di studio più noti, vi è il caso Elliot[116]. Il sig. Elliot era affetto da grave patologia tumorale alla corteccia prefrontale[117] e prima di essere sottoposto all'operazione neurochirurgica per la rimozione della lesione fu sottoposto a test cognitivi per stabilire l'integrità delle funzioni cognitive che risultarono integre, sia prima che dopo l'intervento. A seguito dell'intervento, però, e pur avendo mantenuto intatte le capacità intellettive, di attenzione e di memoria, Elliot aveva perso la capacità di provare emozioni; il che ebbe conseguenze rilevanti sotto il profilo economico poiché la mancanza di emozioni, tra le quali il timore di perdere del denaro, lo rendeva indifferente al rischio economico inducendolo a fare investimenti molto rischiosi: era, quindi, capace di volere ma non d'intendere; così, e per esemplificare con riferimento al contratto, pur avendo Elliot la capacità di volere il contratto che si apprestava a concludere non aveva la capacità di valutarne le conseguenze economiche. Esperimenti successivi volti ad evidenziare il ruolo

dalla scienza cognitiva (...) che consentirebbero di acquisire un adeguato grado di consapevolezza sul funzionamento della mente umana e in particolare su processi cognitivi, meccanismi emotivi che concorrono nella decisione, meccanismi attentivi di acquisizione dei dati mnestici, immagazinamento nella memoria ed elicitazione del momento del ricordo».

[116] V., per un'approfondita descrizione di questo caso e di altri, A. Forza, G. Menegon, R. Rumiati, 2017, 44 ss; C. Bona, 2012, 23 ss.

[117] Si legge in Francesca Fiore, 2017: «La corteccia prefrontale è interconnessa con strutture coinvolte nella memoria, regolazione delle emozioni e rinforzi, sia positivi che negativi. Grazie all'ampia rete di connessioni anatomiche, la corteccia prefrontale ha accesso ad una varietà di informazioni interne ed esterne all'organismo. La corteccia prefrontale opera la sintesi di queste varie informazioni allo scopo di regolare una gamma di processi mentali e comportamenti. Essi sono connessi con le aree posteriori cerebrali mediante fibre di associazione intraemisferiche e intervengono in complessi circuiti neuronali, unitamente alle strutture subcorticali quali il talamo, l'amigdala, i gangli della base e il cervelletto. (...). La corteccia prefrontale svolge un ruolo fondamentale nei processi cognitivi e nella regolazione del comportamento e, grazie alle connessioni con diverse aree corticali, risulta essere il substrato neuroanatomico delle funzioni esecutive: pianificazione, attuazione e conclusione di comportamenti diretti ad uno scopo attraverso azioni coordinate e strategiche, integrazione e sintesi di informazioni, organizzazione, regolazione del comportamento emotivo. Inoltre, le connessioni con le aree limbiche determinano i processi di riconoscimento e gestione delle emozioni. Le funzioni esecutive sono legate all'apprendimento di nuove esperienze, alla pianificazione, al *decision making* , all'apprendimento di nuovi comportamenti derivanti da una sequenza di azioni, etc. Lesioni a carico di questa area portano al manifestarsi di sindromi disesecutive, ovvero deficit a carico delle funzioni esecutive, quali perdita di iniziativa, apatia, lentezza nell'iniziare azioni, comportamenti di perseverazione, risposte emozionali ridotte oppure disinibizione, euforia, impulsività e deficit a livello cognitivo, come disturbi a carico della memoria di lavoro, deficit di pianificazione, incapacità di usare strategie e perdita dell'attenzione».

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

delle emozioni nella decisione razionale mostrarono come soggetti sani sotto il profilo cerebrale (che non avevano subito alcun danno), sottoposti ad esperimenti finalizzati ad individuare e misurare la propensione al rischio nel gioco delle carte, manifestavano comunque, dopo alcuni minuti di gioco e senza l'acquisizione di informazioni ulteriori ma in maniera del tutto esperienziale, un'autonoma capacità di apprezzare la maggiore o minore rischiosità della scelta di una carta[118]. Test simili furono riproposti a soggetti che avevano subito la compromissione della sfera emotiva, dovuta a danni cerebrali nella corteccia prefrontale ventromediale, coinvolta nell'elaborazione del rischio e della paura, e rivelarono che tali soggetti, pur particolarmente intelligenti, sceglievano le carte in maniera totalmente casuale, con indifferenza rispetto alle conseguenze della scelta, dimostrandosi, così, incapaci di decidere. La ricerca, condotta per un ventennio, ha consegnato alla conoscenza un differente ruolo delle emozioni e dei sentimenti che non restano confinate nella sfera del sentire ma sono strumento del capire: le emozioni, dunque, assolvono a una funzione cognitiva insostituibile. La comprensione, pertanto, unita all'emotività determina scelte consapevoli e conseguenti.

Il *Memorandum* Patavino[119] spiega che a «livello cognitivo, la capacità di agire presuppone che il soggetto abbia capacità decisionale, ciò significa che egli: (I) sia in grado di comprendere, ovvero ritenere, le informazioni a disposizione per poter compiere la scelta; (II) sia in grado di articolare un ragionamento di pro e contro su tale informazione; (III) sia in grado di valutare tale informazione in relazione al suo caso specifico; (IV) sia in grado di esprimere una scelta consapevole».

8. Riflessioni conclusive

La riproposizione delle nozioni sopra esposte, in tema di capacità d'agire, capacità e incapacità naturale, esplicita l'orientamento tradizionale del giurista; l'approccio neuroscientifico può fornire all'interprete una visione più ampia. Mettere in discussione il modello tradizionale dell'uomo razionale[120] può contribuire, paradossalmente, a creare un sistema più razionale, perché più efficiente, che consenta, con nuovi strumenti

[118] Si evidenziava, al tempo stesso, durante lo svolgimento del gioco, una variazione in aumento della conduttanza cutanea prima dell'estrazione della carta dal mazzo a più altro rischio dopo un certo numero di carte estratte; per approfondimenti sul caso, v. A. Forza, G. Menegon, R. Rumiati, 2017, 45.

[119] *Memorandum Patavino*, 2015, 9.

[120] Scrive A. Bianchi, 2009, XX: «Il concetto giuridico di persona assume che il soggetto umano debba essere considerato *un agente razionale, capace di scegliere autonomamente sulla base delle proprie credenze, desideri ed intenzioni*. La legge lo guida mostrandogli i limiti e le conseguenze delle diverse azioni *possibili*, lo punisce se *sceglie* di comportarsi in modo sbagliato, ed altresì lo protegge qualora il suo comportamento non possieda *più* (o non possieda *ancora*) i requisiti minimi per poter essere considerato razionale, autodeterminato e, quindi, *responsabile*».

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

sofisticati e complessi che richiedono conoscenze e tecniche specialistiche, una tutela sempre più elevata, dell'uomo nella sua complessità[121].

Così, per tornare al tema della capacità del minore, alla domanda «quando un minorenne diventa effettivamente responsabile delle proprie azioni? Quando acquista la capacità di discernimento?» sembra opportuno rispondere che una corretta impostazione della risposta richiede una preventiva definizione del «quando» ciò accade «neuropsicologicamente» e che cosa debba intendersi per maturità e responsabilità, per capacità d'intendere e di volere[122].

Ciò agevola sicuramente il passaggio dal diritto alla persona:

> «tramontata la visione tradizionale degli *status*; ridefinita dal progresso medico la nozione di capacità giuridica, l'uomo, svestito della diversità che gli deriva dall'appartenenza ad una determinata categoria, si presenta al cospetto del diritto e ne rivendica la protezione. Ed il diritto, in questa dimensione che non conosce divisioni di razza, di sesso, di cittadinanza, di opinioni politiche, culturali, religiose, indugia e si sofferma sull'emergere delle sue "condizioni personali e sociali" in quanto momenti ineludibili di una tutela che possa e debba dirsi efficace (...). Lungo le coordinate della dignità umana, del libero sviluppo della personalità, del principio di eguaglianza, si svolge così la tutela di chi è debole, svantaggiato, minore, anziano, morente, malato, povero, consumatore (...). Ma è proprio un simile atteggiamento a conferire al diritto quella duttilità che gli consente, da un lato, di rispondere alle istanze di protezione dei "nuovi deboli"; dall'altro di ripensare incessantemente la tutela di quelli tradizionali (...). Se "la persona identifica l'uomo che è, che esiste giuridicamente", il legislatore non può che seguirne la continua evoluzione (...). Dal diritto, dunque, alla persona»[123].

[121] Gli esempi applicativi possono essere tanti, non solo in tema di provvedimenti a protezione degli incapaci; si pensi, solo per fare un esempio, all'istituto della rescissione e all'individuazione del requisito dello stato di bisogno: anche in tale ipotesi il legislatore opera una standardizzazione che non tiene conto, né potrebbe farlo, delle diverse modalità di incidenza di tale condizione sullo stato emotivo e intellettivo del contraente «bisognoso»; l'apprezzamento è rimesso al Giudice che ben potrebbe avvalersi di strumenti tecnici di conoscenza dei meccanismi emozionali: «come ogni individuo (... ha un volto e delle impronte digitali uniche, così possiede un profilo emozionale unico, aspetto importante della nostra personalità»: A. Forza, G. Menegon, R. Rumiati, 2017, 64.

[122] Osservano G. Gulotta e G. Zara, 2009, 120-121: «La capacità di discriminare e capire la differenza tra *giusto* e *sbagliato* è condizione necessaria ma non sufficiente per parlare di maturità. Tutte le valutazioni psicologiche includono l'analisi della personalità e coinvolgono l'esame del funzionamento dell'adolescente nella sua realtà di vita, ma richiedono anche un'attenta e vigile considerazione di cosa si intenda, neuropsicologicamente parlando, per maturità e responsabilità, per capacità di volere. Se il cervello si sviluppa secondo una modalità *back to front*, e cioè se la parte frontale e prefrontale è quella che si sviluppa più tardi e lentamente, possiamo considerare un adolescente completamente equipaggiato per rispondere pienamente delle sue azioni?» e concludono con un invito alla riflessione sul ruolo che può avere la ricerca scientifica nella valutazione forense dell'imputabilità, maturità e personalità del minore, apprezzamento, questo, che «dovrebbe sempre orientarsi verso il coordinamento di saperi differenti (giuridico, psicologico, neurofisiologico, criminologico) e di metodologie diversificate».

[123] P. Stanzione, 2010, §9.

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

Dalla persona al «sistema uomo», aggiungiamo noi, sistema, cioè come dimensione globale e totalizzante il cui studio richiede un approccio integrato tra discipline che hanno un comune denominatore: l'uomo e la qualità della sua vita.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

AA.VV., 2015, «Le capacità giuridiche alla luce delle neuroscienze - *Memorandum* Patavino», 19 novembre 2015. In *Diritto penale contemporaneo,* 24 dicembre.

ALLARA Mario, 1955, *La teoria generale del contratto*. Giappichelli, Torino.

AMODIO Ennio, 2017, «Prefazione». In A. Forza, G. Menegon, R. Rumiati, *Il giudice emotivo*, 9-13. Il Mulino, Bologna.

ARENA Giacomo, 1970, «voce Incapacità». In *Enc. dir.*, vol. XX, 909-922. Giuffrè, Milano.

BARASSI Lodovico, 1946, *La teoria generale delle obbligazioni*, II. Giuffrè, Milano.

BARASSI Lodovico, 1955, *Istituzioni di diritto civile*. Giuffrè Milano.

BARBERO Domenico, 1965, *Sistema del diritto privato italiano*, I. Utet, Torino.

BARBERO Domenico, 1988, *Il sistema del diritto privato*, Nuova edizione a cura di Antonio Liserre e Giorgio Floridia. Utet, Torino.

BERTAGNONI Eugenio, 1946a, «Pregiudizio dell'incapace e malafede della controparte». In *Riv. dir. comm.*, I, 481-498.

BERTAGNONI Eugenio, 1946b, «Significato e rilevanza dell'incapacità d'intendere o di volere secondo l'art. 428 del codice civile». In *Giur. it.*, I, 1: 13 ss.

BETTI Emilio, 1960, *Teoria generale del negozio*, *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, XV, 2. Utet, Torino.

BIANCA Cesare Massimo, 1990, *Diritto civile, 1, La norma giuridica - I soggetti*. Giuffrè, Milano.

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

BIANCHI Angelo, 2009, «Neuroscienze e diritto: spiegare di più per comprendere meglio, Introduzione». In *Manuale di neuroscienze forensi*, a cura di Angelo Bianchi, Guglielmo Gulotta, Giuseppe Sartori, XI-XXX. Giuffrè, Milano.

BIANCHI Angelo, GULOTTA Guglielmo, SARTORI Giuseppe, (a cura di), 2009, *Manuale di neuroscienze forensi*. Giuffrè, Milano.

BIGLIAZZI GERI Lina, BUSNELLI Francesco Domenico, BRECCIA Umberto, NATOLI Ugo, 1987, *Il sistema giuridico italiano*, *Diritto civile, 1.*, Norme, soggetti e rapporto giuridico*. Utet, Torino.

BIONDI Biondo, 1961, «Le donazioni». In *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, XII, t.4°. Utet, Torino.

BOCCHINI Fernando, 1976, «Incapacità naturale e tutela della salute». In *Dir. e giur.*, 935-942.

BONA Carlo, 2012, *Studio sul danno non patrimoniale*. Giuffrè, Milano.

BONA Carlo, RUMIATI Rino, 2013, *Psicologia cognitiva per il diritto*. Il Mulino, Bologna.

CARBONI Bruno, 1998, *Status e autonomia privata*. Giuffrè, Milano.

CARIOTA FERRARA Luigi, s.d. ma 1948, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Morano, Napoli.

CARRESI Franco, 1987, «Il contratto». In *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu - Messineo, vol. XXI, t. 2. Giuffrè, Milano.

CATERINA Raffaele (a cura di), 2008a, *I fondamenti cognitivi del diritto*. Mondadori, Milano.

CATERINA Raffaele, 2008b, «Introduzione». In *I fondamenti cognitivi del diritto*, a cura di Raffaele Caterina, 1-11. Mondadori, Milano.

CATERINA Raffaele, 2015, «La mente intuitiva e il diritto». In *Diritto, neuroscienze, scienze della cognizione*, a cura di Ernesto Fabiani, Sebastiano Faro, Nicola Lettieri, 143-151. Esi, Napoli.

CENDON Paolo, 1988, «Infermi di mente e altri "disabili" in una proposta di riforma del codice civile». In *Giur. it.*, IV, 117-134.

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

COOTER Robert, MATTEI Ugo, MONATERI Pier Giuseppe, PARDOLESI Roberto e ULEN Thomas, 2006, *Il Mercato delle regole*, *Analisi economia del diritto civile,* II ed. Il Mulino, Bologna.

DE LISE Pasquale, 1964, «Sulla rilevanza del pregiudizio per l'annullamento dei contratti conclusi dall'incapace di intendere o di volere». In *Dir. e giur.*, 257-266.

DEGNI Francesco, 1939, *Le persone fisiche*. Utet, Torino.

DI STASO Nicola, 1980, *I contratti in generale*, *Giur. sist. civ. e comm*, diretta da W. Bigiavi, I. Utet, Torino.

DINACCI G., 1973, «L'incapacità naturale». In *Riv. dir. civ.*, , II, 250-296.

ELGUETA Giacomo Rojas, 2012, «voce Behavioral law and economics». In *Treccani***,** *Dizionario di Economia e Finanza,* www.treccani.it

FABIANI Ernesto, FARO Sebastiano, LETTIERI Nicola (a cura di), 2015a, *Diritto, neuroscienze, scienze della* cognizione. Esi, Napoli.

FABIANI Ernesto, FARO Sebastiano, LETTIERI Nicola, 2015b, «Prefazione». In *Diritto, neuroscienze, scienze della cognizione* a cura di Ernesto Fabiani, Sebastiano Faro, Nicola Lettieri, 7-10. Esi, Napoli.

FALZEA Angelo, 1960, «voce Capacità (teoria generale)». In *Enc. dir.*, VI, 8-47. Giuffrè, Milano.

FERRARA Francesco, 1985, *Trattato di diritto civile italiano*. ESI, Napoli.

FIORE Francesca**,** 2017, «Lobi frontali, corteccia frontale e corteccia prefrontale-Introduzione alla psicologia». In *State of Mind: il giornale delle scienze psicologiche***,** 16 novembre.

FORZA Antonio, MENEGON Giulia, RUMIATI Rino, 2017, *Il giudice emotivo*. Il Mulino, Bologna.

GALGANO Francesco, 1988, *Il negozio giuridico*, *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu - Messineo, vol. III, t. 1. Giuffrè, Milano.

GALLETTA Franca, 1981, «Sull'annullamento del contratto stipulato dall'incapace di intendere e di volere». In *Giur. it.*, I, 1: 615-622.

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

GANGI Calogero, 1948, *Persone fisiche e persone giuridiche*. Giuffrè, Milano.

GIGANTE Anna Azzurra, 2015, «Genesi, standardizzazione ed evoluzione delle norme istituzionali: un'analisi cognitiva». In *Diritto, neuroscienze, scienze della cognizione, Diritto, neuroscienze, scienze della cognizione,* a cura di Ernesto Fabiani, Sebastiano Faro, Nicola Lettieri, 131-142. Esi, Napoli.

GIORGIANNI Michele, 1939, «La c.d. incapacità naturale nel Primo libro del Nuovo Codice Civile». In *Riv. dir. civ.*, 398-415.

GULOTTA Guglielmo, ZARA Giorgia, 2009, «La neuropsicologia criminale e dell'imputabilità minorile». In *Manuale di neuroscienze forensi*, a cura di Angelo Bianchi, Guglielmo Gulotta, Giuseppe Sartori, 109-162. Giuffrè, Milano.

IANNUCCI Mario, 2018, *Le neuroscienze, la «neuropsicologia» e la pretesa «rifondazione del diritto»*. In *www.penalecontemporaneo.it*, 8 gennaio.

KAHNEMAN Daniel, 2016, *Pensieri lenti e veloci*. Mondadori, Milano.

LECCESE Eva, 1999, *Incapacità naturale e teoria dell'affidamento*. Jovene, Napoli.

LIPARI Nicolò, 1996, «Diritti fondamentali e categorie civilistiche». In *Riv. dir. civ.*, I, 413-426.

LIPARI Nicolò, 2010, «Diritti fondamentali e ruolo del giudice». In *Riv. dir. civ.*, I, 635-653.

LUCARELLI Francesco, 1964, *Lesione di interesse e annullamento del contratto*. Giuffrè, Milano.

MANGANIELLO Antonio, 1994, «La disciplina dell'incapacità naturale nell'art. 428 c.c. con riguardo all'annullamento del contratto». In *Giust. civ.*, II, 369-380.

MESSINEO Francesco, 1959, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III. Giuffrè, Milano.

MESSINEO Francesco, 1972, *Il contratto in genere*, *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu - Messineo, vol. XXI, t. 2. Giuffrè, Milano.

MESSINETTI Davide, 1983, «voce Personalità (diritti della)». In *Enc. dir.*, XXXIII, 355-406. Giuffrè, Milano.

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

MESSINETTI Davide, 1992, «Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni». In *Riv. critica dir. priv*, 173 ss.

MONTI Alberto, 2008, «Psicologia della decisione e tutela del consumatore». In *I fondamenti cognitivi del diritto*, a cura di Raffaele Caterina, 15-32. Mondadori, Milano.

PARISI Francesco, 1999, «voce Teorema di Coase». In *Digesto italiano (Diritto civile)*, vol. 19, 296 ss.

PATAIA PIER LUIGI, 1958, «Sulla scusabilità e riconoscibilità dell'errore». In *Foro it*., IV, 199-204.

PERINGIERI Carolina, 2015, «Amministrazione di sostegno e neuroscienze». In *Diritto, neuroscienze, scienze della cognizione,* a cura di Ernesto Fabiani, Sebastiano Faro, Nicola Lettieri, 155-170. Esi, Napoli.

PERLINGIERI Pietro, 1972, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, *Raccolta di lezioni*, a cura di Pietro Perlingieri, Università degli Studi di Camerino, Scuola di perfezionamento in diritto civile. Esi, Napoli.

PERLINGIERI Pietro, 2006, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*. Esi, Napoli.

PIETROBON Vittorino, 1990, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*. Cedam, Padova.

PIZZETTI Federico Gustavo, 2012, *Neuroscienze forensi e diritti fondamentali: spunti costituzionali*. Giappichelli, Torino.

Psicologia 24, 2016. Firera & Liuzzo Group.

RESCIGNO Pietro, 1950, *Incapacità naturale e adempimento*. Jovene, Napoli.

RESCIGNO Pietro, 1951, «Pregiudizio e malafede nei contratti dell'incapace». In *Giur. compl. cass. civ.*: 153 ss.

RESCIGNO Pietro, 1958a, «voce Capacità di agire». In *Noviss. Dig. it.*, II, 861 ss. Utet, Torino.

RESCIGNO Pietro, 1958b, «voce Capacità giuridica». In *Noviss. Dig. it.*, II, 873 ss. Utet, Torino.

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

RESCIGNO Pietro, 1988, «Capacità di diritto privato e discriminazione dei soggetti». In *Riv. dir. civ.*, I, 787-803.

RODOTÀ Stefano, 2015, *Diritto d'amore*. Laterza, Roma- Bari.

ROMEO Fancesco, 2015, «Il nuovo quadro teorico giuridico delle scienze cognitive». In *Diritto, neuroscienze, scienze della cognizione*, a cura di Ernesto Fabiani, Sebastiano Faro, Nicola Lettieri, 47-63. Esi, Napoli.

ROPPO Enzo, 1977, *Il contratto*. Il Mulino, Bologna.

ROPPO Enzo, 2001, *Il contratto*, *Tratt. dir. priv.* a cura di Giovanni Iudica, Paolo Zatti. Giuffrè, Milano.

ROSSI Francesco, 2017, «I contratti del minore». In *Atti del Congresso internazionale "Menores: filiación y protección"*, Almería, 5-7 ottobre.

SACCO Rodolfo, 1950, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*. Giappichelli, Torino.

SACCO Rodolfo - DE NOVA Giorgio, 1993, *Il contratto*, *Trattato di dir. civ.* diretto da R. Sacco, t. I. Utet, Torino.

SAMMICHELI Luca, SARTORI Giuseppe, 2009, «Neuroscienze giuridiche: i diversi livelli di interazione tra diritto e neuroscienze». In *Manuale di neuroscienze forensi*, a cura di Angelo Bianchi, Guglielmo Gulotta, Giuseppe Sartori, 15-40. Giuffrè, Milano.

SAMMICHELI Luca, 2015, «Scienze cognitive e diritto. Oltre la neuromania». In *Diritto, neuroscienze, scienze della cognizione,* a cura di Ernesto Fabiani, Sebastiano Faro, Nicola Lettieri, 13-32. Esi, Napoli.

SANTORO PASSARELLI Francesco, 1940, *Lineamenti di diritto civile*, *Persone fisiche*. Cedam, Padova.

SANTORO PASSARELLI Francesco, 1981, *Dottrine generali del diritto civile*. Jovene, Napoli.

SANTOSUOSSO Amedeo (a cura di), 2009a, *Le neuroscienze e il diritto*. Ibis, Como-Pavia.

Anno 5 Numero 1
Giugno 2019
ISSN 2421-4302

SANTOSUOSSO Amedeo, 2009b, «Il dilemma del diritto di fronte alle neuroscienze». In *Le neuroscienze e il diritto*, a cura di Amedeo Santosuosso, 11-23. Ibis, Como-Pavia.

SCILLITANI Lorenzo, 2011, *Antropologia filosofica del diritto e della politica*. Rubbettino, Soveria Mannelli.

STANZIONE Pasquale, 1975, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*. Jovene, Napoli.

STANZIONE Pasquale, 1988, «voce Capacità (diritto comparato e straniero)». In *Enciclopedia giuridica*, V, 1-4. Treccani, Roma.

STANZIONE Pasquale, 2010, *Costituzione, diritto civile e soggetti deboli*. In www.personaedanno.it.

STANOVICH Keith E, 2011, *Rationality and the Reflective Mind*. Oxford University Press, New York.

STELLA RICHTER Mario - SGROI Vittorio, 1967, *Delle persone e della famiglia*, *Comm. cod. civ.* Utet, Torino.

THALER Richard H., SUNSTAIN Cass R., 2008, *Nudge, Improving Decision about Health, Wealth, and Happiness*. Yale University Press, New Haven; London.

THALER Richard H., SUNSTAIN Cass R., 2017, *Nudge. La spinta gentile*. Feltrinelli, Milano.

TRIMARCHI Vincenzo Michele, 1955, «L'incapacità naturale ed il negozio cambiario». In *Banca, borsa tit. cred.*, I, 287-309.

TRIMARCHI Michele, 2018, *Diritti umani e neuroscienze-I fondamenti scientifici dei diritti umani*. In *http://www.isn-npf.net/diritti-umani-e-neuroscienze*.

ZAMBRANO Virginia, 2018, *Le neuroscienze, la capacità e la radiografia della macchina del pensiero*. In *Comparazione e diritto civile*, 2, 6-32.