

PROBLEMI ATTUALI DI DIRITTO PRIVATO

Studi in memoria di Nicola Di Prisco

Tomo I



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2015 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX: 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-3485907-0 (Due tomi indivisibili)

Stampa: Tipolitografia Cicchetti - Isernia
Tel. 0865.3623 – info@cicchetti.it

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org

CATEGORIE CIVILISTICHE E BIOETICA*

di *Alberto Maria Gambino*

SOMMARIO: 1. Il diritto dei privati tra *habere ed esse*. – 2. Crepe sistematiche. – 3. Scelte individuali e scelte ordinarie dello *ius positum*. – 4. Il ruolo specifico della scienza civilistica. – 5. Bibliografia.

1. *Il diritto dei privati tra habere ed esse*

Il rapporto tra diritto positivo e valori implica una questione ermeneutica fondamentale che coinvolge il *problema del metodo* seguito dal giurista che studia il diritto civile. Questione di metodo che è problema di interpretazione.

Due filoni principali si confrontano da circa mezzo secolo: il metodo assiologico, che valorizza i valori sottesi alle norme giuridiche (Mengoni, 1996, p. 71 ss.; Falzea, 1996, p. 20 ss.) e il metodo normativista o formalista che fa leva sul significato letterale e sistematico delle norme (Tarello, 1957, p. 573 ss.). L'emergere di profondi fattori di crisi della tenuta dei sistemi codicistici hanno riavvicinato i due percorsi: la decodificazione coll'incedere di leggi speciali volte a rincorrere l'incipiente esplosione di nuove realtà economiche (Irti, 1999, p. 168 ss.); l'ampliamento delle fonti del diritto interno dalla Cee alla UE, le Convenzioni internazionali

* Come ricordano i Suoi allievi, il prof. Nicola Di Prisco, pur essendo particolarmente attratto dalle tematiche della bioetica e del biodiritto, raramente le affrontava nel dibattito scientifico e non risulta abbia lasciato scritti a proposito. Si registrano, tuttavia, una conferenza sui principi giuridici della bioetica tenuta nel 1990 presso il Rotary di Isernia e, in tempi più recenti, una relazione sui diritti della persona tenuta all'Università di Napoli Federico II. Nell'attesa che qualcuno possa rinvenire tracce di questi due interventi (e forse di altri, ancora sconosciuti) si offre, nel Suo ricordo, questo scritto sul tema.

(Scalisi, 2009, p. 147 ss.; Lipari, 2009, p. 887 ss.; Moccia, 2003, p. 396 ss.); l'applicazione diretta di norme costituzionali in uno con la congenita elasticità delle clausole generali delle norme giuridiche (Cariola, 2009, p. 112 ss.).

È, in particolare, lo slittamento dell'endiadi Parlamento-Legislatore verso quello Unione Europea-Legislatore, che ha portato drammaticamente all'abbassamento della soglia di garanzia di aderenza a quei dati prelegislativi, come la centralità della persona, su cui vigilavano la Carte costituzionali e i loro garanti. Con la conseguenza, che proprio l'artificialità congenita del diritto (anche quello di rango superiore alla legge ordinaria), ha fatto emergere – quale presunta ancora di salvezza – la tesi che sostiene come davanti alle decisioni che coinvolgono la sfera più profonda dell'individuo il diritto debba farsi “mite”, ovvero non possa “intralciare” decisioni che competerebbero alla c.d. autodeterminazione di singoli o di gruppi intermedi, e ciò a prescindere dalle valutazioni etiche e morali che prevalgono nelle comunità politiche di riferimento territoriale (Zagrebelski, 1997).

Non appare più percorribile lo schema caro al costituzionalismo moderno, che postula l'intangibilità legislativa dei diritti dell'uomo. Chiare evidenze sembrano infatti deporre per l'inveramento del teorema kelseniano “qualsiasi contenuto può acquisire forma costituzionale”. A dire che l'argine al positivismo imperante, rappresentato dal riconoscimento costituzionale di una vicenda umana pregiudiziale, la persona, la sua dignità, la sua intangibilità (i.e. i diritti inviolabili “riconosciuti” dalla Repubblica all'art. 3 della Costituzione – e dunque preesistenti alla legge), pare oggi cedere il passo alla positivizzazione di regole che da una valenza mercatoria assumono in Europa la conformazione di ordinamento politico ed istituzionale dotato di forza normativa di rango talvolta superiore alle carte costituzionali dei Paesi membri.

Il sistema nel suo complesso ne ha risentito, scardinandosi la lineare architettura codicistica dove i diritti fondamentali si ancorano all'assolutezza dell'esse (diritti della persona, della personalità) e alla relatività dell'habere (cose, patrimonio).

Il tradizionale ruolo dello *ius positum* a presidio e difesa dei diritti fondamentali ancorati alle categorie dell'essere da incursioni, lesioni di agenti esterni (il diritto alla vita nei codici penali; i diritti della persona e della personalità nei codici civili) seguiva il valore della persona da tutelare nell'assolutezza dei suoi diritti secondo lo schema dell'indisponibilità e dell'integrità dell'essere, del proprio corpo, della propria identità oggettiva. Persona e sua dignità muovevano dal dato oggettivo, biologico che implica una sua dignità umana intrinseca.

Emerge ora un sistema variegato che recependo in modo meccanico nuovi modelli estranei alla logica codicistica ha finito col forzare le categorie giuridiche tradizionalmente legate all'essere e all'avere.

2. *Crepe sistematiche*

La lineare architettura dei sistemi codicistici occidentali subisce una prima crepa col passaggio dalla definizione di integrità fisica a quella di integrità psichica, prevista dalle leggi nazionali sull'interruzione della gravidanza (Vari, 2008, p. 38). È un netto cambio di prospettiva: si introduce normativamente la figura del bene giuridico salute psichica che assume pari rango del bene giuridico salute fisica. Si tratta di beni disomogenei non comparabili ontologicamente perché l'uno è misurabile con una sua oggettiva fisicità (vita del feto), l'altro elastico, soggettivo legato a percezioni individuali, difficile da valutare da parte di terzi che non siano i soggetti della cui salute si discute.

La vicenda della depenalizzazione dell'interruzione volontaria della gravidanza introduce un nuovo ruolo del diritto positivo di fonte statale: non più sentinella a protezione di aggressioni a beni supremi come la salute e la vita, ma garante di spazi di libertà individuale e strumento per attuare quelle libertà. Si tratta in particolare del rapporto tra diritto pubblico e diritto penale e segna un mutamento di prospettiva.

È, poi, a partire dagli anni '90 che con l'avvento di questioni bioetiche anche il diritto civile viene chiamato in causa (D'Agostino, 2011). Sotto l'arcata di norme di fonte internazionale (la Convenzione di Oviedo del 1997; la Dichiarazione sul Genoma e i diritti umani dello stesso anno; la Dichiarazione sui dati genetici del 2003; la carta di Nizza), anche il diritto privato vede allargarsi l'orizzonte di una delle sue categorie fondamentali: l'autonomia. La vicenda del c.d. consenso informato, l'accesso alle tecniche di procreazione assistita, l'ampliamento degli strumenti di protezione delle persone prive di autonomia (in Italia, il caso dell'amministrazione di sostegno), segnano un ribilanciamento del valore di alcuni diritti fondamentali (come il diritto all'integrità fisica personale) con altri valori (libertà e autonomia), di fatto retrocedendo i primi.

Il punto di vista del diritto interno, dinnanzi al richiamo a categorie extracodicistiche e mutate da scienze non giuridiche, finisce col coincidere coll'interpretazione che le Corti danno al concetto di autonomia privata, che dalla matrice tipicamente negoziale finisce coll'abbracciare sfere di libertà che solo eccezionalmente ricevano tutela con strumenti di attuazione, assumendosi quale archetipo la nuova categoria dell'autodeterminazione. Si tratta di una vicenda dal forte impatto etico-sociale, che coinvolge, almeno apparentemente il diritto privato.

In effetti la matrice giurisprudenziale del diritto di autodeterminazione ha drammaticamente snaturato proprio il principio dal quale si fa derivare – la libertà di rifiuto del trattamento terapeutico – assegnando alla volontà dell'individuo il potere di disporre modi e collaborazioni circa l'esito del corpo e della salute. Con la conseguenza che la libertà di rifiuto del trattamento terapeutico slitta nel rifiuto

di assistenza umanitaria. Si tenta cioè di sostituire la “libertà della persona” con la “volontà dell’individuo” per dare fondamento teoretico dei diritti indisponibili, con il risultato di renderli ‘disponibili’ e contrattualizzabili. Ciò ha portato ad assegnare al medico il ruolo di esecutore della volontà del paziente. Il diritto all’autodeterminazione è stato ridisegnato, ritenendosi esercitabile da soggetti diversi dal titolare, sulla base di una presunzione culturale, con la conseguenza di ripudiarne persino le pur equivocate fondamenta volontaristiche e trasformarlo in una sorta di «diritto di eterodeterminazione». Proprio per queste ragioni è prepotentemente entrato in scena il diritto privato, diritto votato a disciplinare perlopiù la circolazione delle cose e dei patrimoni.

3. *Scelte individuali e scelte ordinamentali dello ius positum*

In questa temperie culturale, appare allora proficuo tornare ad investigare sul valore del sistema normativo positivo nel suo complesso quale luogo imprescindibile di verifica delle diverse soluzioni giurisprudenziali.

La critica del civilista non può, infatti, arrestarsi allo stato di fatto dell’evoluzione (o involuzione?) delle linee giurisprudenziali. Il tema dell’autonomia privata risulta tecnicamente malposto: la negoziabilità esula dalla vicenda degli atti personalissimi che ricomprendono a questo punto anche gli atti auto lesivi. Riemerge a ben vedere tutta la complessità dell’intreccio tra diritto pubblico, i.e. scelte ordinamentali, e il diritto positivo nella sua già segnalata variegata genesi e pluralità di fonti. Al diritto civile non spetta catalogare le libertà entro le vicende dei diritti soggettivi, pena, come detto, l’affievolimento delle categorie dell’essere, costrette entro quelle dell’avere. Alla tesi che vedrebbe nello *ius positum* e in particolare nella sua accezione privatistica lo strumento di garanzia degli spazi di libertà colla categoria dell’autonomia, si contrappone il problema cruciale dell’effettiva tutela dei soggetti deboli, privi di un’effettiva autonomia e, dunque, libertà.

La linea più convincente si risolve nel tentativo di rinvenire strumenti di presidio pubblicistico all’interno delle stesse aree e sfere di autonomia, che per certi aspetti implicano la rimozione di impedimenti e condizionamenti, nell’aspettativa – per certi versi utopica – di recuperare una vera libertà del soggetto interessato (da libertà negativa – che protegge da condizionamenti – a libertà positiva attuatrice della libertà) (Marini, 2010, p. 294 ss.).

Si tratta in definitiva di uscire dalle dinamiche strette del diritto dei privati, legato alla sua endemica disponibilità dell’oggetto di tutela, per ridefinire il ruolo del diritto pubblico, con l’esito prevedibile di reintrodurre valori di fondo attraverso la matrice politica e non più della tradizione cui i sistemi codicistici sono tributari. Ma almeno, così facendo, si confermerebbe l’impossibilità ontologica di

sradicare dal diritto la sua funzione di segnare ciò che è percepito come giusto da ciò che si ritiene ingiusto non già a livello individuale ma quale comunità giuridica organizzata (Cotta, 1985, p. 13 ss.).

La questione di fondo è questa: entro che confini la legge può scegliere al posto dei consociati? È solo il criterio del *neminem laedere* (cioè tutto posso fare, purché non danneggi altri), che deve orientare il legislatore?

Il nostro sistema giuridico positivo prevede abitualmente reazioni e sanzioni quando la decisione del singolo nuoce agli interessi degli altri. Quando le scelte individuali non ledono interessi patrimoniali o personali di alcuno restano nell'ambito di scelte libere. Ma l'ordinamento ci ricorda che anche comportamenti non dannosi per altri possono comunque essere illegittimi.

È il caso del lavoratore: nessuna legislazione potrà mai ammettere prestazioni continuative e ininterrotte a tal punto da andare contro la dignità e l'integrità fisica della persona (Resta, 2002, p. 810 ss.). Ove, dunque, operi un giudizio di disvalore, anche davanti ad atti non pregiudizievoli per altri, l'ordinamento può apprestare norme di protezione, in nome dell'interesse della comunità nel suo insieme e di chi per debolezza o necessità potrebbe agire contro se stesso.

L'ordinamento non ammette neanche che l'azione "ingiusta" del singolo, pur non dannosa per altri, sia compartecipata o facilitata dagli altri consociati; si circoscrive in un ambito personale ed è esercitata attraverso atti personalissimi e non delegabili. È il caso dell'uso di stupefacenti: drogarsi fa male, ma il consumo entro certi limiti è tollerato dall'ordinamento, non così però lo spaccio di stupefacenti. È il caso del suicidio: privarsi della propria vita non è accettato dai consociati, ma il tentativo di suicidio è immune da sanzione, non così per l'assistenza al suicidio che è un reato. Sulla stessa linea, allora, è possibile rifiutare una cura pur quando ne va della propria salute, ma non esiste un correlativo diritto a coinvolgere il medico per porre in essere un atto pregiudizievole per la propria salute e il proprio essere.

Sul piano giuridico significa che quando la scelta del singolo si muove in disarmonia con il valore intrinseco della persona, essa rimarrà certamente libera, ma non potrà trasformarsi in pretesa giuridica, come se le norme possano fungere da sentinelle di atti autolesivi.

4. *Il ruolo specifico della scienza civilistica*

Non sembra possa esservi alcun dubbio che, in uno Stato di diritto, le questioni interpretative non si risolvano sulla base di semplici opzioni di ordine valutativo, puramente individuali ed estranee a qualsiasi forma di controllo obiettivo.

Emerge allora che proprio il diritto civile – specie quello di matrice codicistica – postuli un'armonia con un sistema che appare trascendere la contingenza del tempo.

In effetti, la fatica dei giuristi tedeschi dell'Ottocento fu proprio quella di ricostruire le linee dei diversi istituti del diritto privato a partire dalle fonti romane, che rappresentavano all'epoca il diritto vigente¹. La loro aspirazione era quella di rappresentare l'intero ordinamento giuridico privatistico come un sistema chiuso e completo, in cui ogni eventuale lacuna del dato positivo potesse sempre essere colmata attraverso operazioni logiche, obiettivamente riconoscibili e agevolmente riproducibili. È la fede nella possibilità di una scienza giuridica come rigorosa sistemica concettuale.

Non vi è dubbio cioè che il confronto col sistema delle *rationes* positive – e dunque una sana pratica del metodo dogmatico – debba sempre rappresentare un passaggio obbligato ove si intenda salvaguardare l'aspirazione di ciascuno affinché, contro l'arbitrio del singolo, sia sempre preservata la prerogativa della legge. Beninteso, quando si parla di dogmatica giuridica e di metodo sistematico non s'intende certo riproporre a modello il dogmatismo della c.d. "giurisprudenza dei concetti", la quale, com'è noto, finì per intendere i concetti ricavati per astrazione dal dato positivo come vere e proprie entità sostanziali, incorrendo così nell'errore di ritenere che da essi fosse addirittura possibile dedurre ulteriori proposizioni giuridiche (Mengoni, 1996, p. 20 ss.). La reazione della cultura giuridica nei confronti di certi eccessi del metodo assiomatico e deduttivo, che già Jhering aveva stigmatizzato, fu indubbiamente un fatto salutare. La maturazione di una diffusa consapevolezza antiformalista e anticoncettualista, favorita da una rinnovata attenzione alle concrete esigenze di vita, nella sua declinazione di un diverso *ethos* comunitario, sottese alle singole proposizioni normative e da una sempre più chiara percezione di queste ultime come prodotti storici (Pin,

¹ Le codificazioni moderne sono universalmente riconosciute come il frutto più compiuto di quella straordinaria stagione della scienza giuridica dell'Ottocento, che si caratterizzò per un rinnovato fervore di studi intorno ai concetti fondamentali della dogmatica del diritto privato, analiticamente ricostruiti a partire dalle fonti romane raccolte nella Compilazione giustiniana e, quindi, sapientemente ricollocati all'interno di un ampio ed esaustivo edificio sistematico. Il suo frutto più significativo, il *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* – noto per la solidità del suo impianto sistematico, la precisione concettuale e la raffinatezza dello stile linguistico – si realizzò secondo il modello di un'autentica rivoluzione: la metodologia pandettistica, caratterizzata dal primato dell'elaborazione sistematica del diritto positivo, e dunque dall'aspirazione alla completezza dell'ordinamento. Il metodo si impose rapidamente nella cultura giuridica, non solo nello studio del diritto privato, ma di tutte le altre discipline di diritto positivo. Né l'influenza del modello tedesco mancò di farsi sentire anche sulle codificazioni civili successive. Oggi, a distanza di oltre un secolo dalla promulgazione del codice civile tedesco, l'anelito alla completezza dei codici sembra essersi smarrito dinanzi a un'incontinenza *vis* espansiva della giurisprudenza delle Corti di gran parte degli Stati europei, che sempre più di frequente colma lacune normative attingendo anche a fonti estranee al sistema del diritto positivo, finendo talvolta per capovolgere le ragioni profonde dei nostri ordinamenti civilistici.

2005, p. 437 ss.), deve certamente rappresentare un punto di non ritorno. Non può esservi dubbio, insomma, che l'obbedienza richiesta all'interprete nei confronti del dato positivo debba essere pur sempre, per dirla con un'efficace e fortunata espressione di Philipp Heck, un'obbedienza (non cieca, ma) "pensosa", "riflessiva" (*denkender Gehorsam*), e cioè costantemente attenta a cogliere le opzioni di ordine valutativo del legislatore e a tenerne adeguatamente conto anche nella soluzione dei casi non espressamente regolati. Il riconoscimento della c.d. "apertura cognitiva" del sistema del diritto positivo non può però portare a negarne allo stesso tempo l'insuperabile "chiusura normativa". L'idea che sembra doversi respingere fermamente è, in altri termini, quella secondo cui la complessità sociale e il pluralismo dei valori abbiano messo ormai definitivamente in crisi qualsiasi aspirazione sistematica del giurista. Ciò dovrebbe, dunque, servire anzitutto a far nascere e a rafforzare il convincimento che, come insegnava Salvatore Pugliatti, anche il diritto è, a suo modo, scienza e non pura opinione e che pertanto, come ogni vera scienza, anche il diritto «non perviene mai allo scetticismo, ma richiede come condizione di esistenza l'assenza di ogni scetticismo»; «in un certo senso – proseguiva Pugliatti – vuole una fede, è una mistica» (Pugliatti, 1941, p. 197 ss.). E ciò anche e soprattutto laddove, come avviene sempre più di frequente nei nostri tempi, interventi continui e disorganici del legislatore rendono straordinario lo sforzo di sistemazione richiesto all'interprete.

Con la stessa intenzione un rinnovato interesse per le codificazioni e le loro razionalità congenite si segnala di nuovo anche allo studio della dottrina privatistica e, in definitiva, di tutti gli operatori del diritto, per farne buon uso, affinché – come indicava Johann Birnbaum a proposito dell'applicazione dello *ius commune* da parte dei giudici d'appello di Treviri il giurista possa operare nella molteplicità delle fonti con l'obiettivo di ottenerne una *concordantia*.

5. Bibliografia

- CARIOLA A., *La "tradizione" costituzionale: contro l'original intent nell'interpretazione della Costituzione*, in *Studi in onore di L. Arcidiacono*, II, Giuffrè, Milano, 2009, p. 112 ss.
- COTTA S., *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontogenesi giuridica*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 13 ss.
- D'AGOSTINO F., *Bioetica e biodiritto. Ventuno voci fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2011.
- FALZEA A., *Introduzione alle scienze giuridiche*, Giuffrè, Milano, 1996, spec. p. 20 ss.
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1999, spec. p. 168 ss.
- LIPARI N., *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 887 ss.

- MARINI G., *Il consenso*, in *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà e M. Tallacchini, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, 2010, p. 294 ss.
- MENGGONI L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 71 ss.;
- MOCCIA L., *Dal "mercato" alla "cittadinanza": ovvero dei possibili itinerari di diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 396 ss.
- PIN A., *La Corte di Strasburgo e le divisioni interne della comunità islamica*, in *Quad. constit.*, 2005, p. 437 ss.
- PUGLIATTI S., *La logica e i concetti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, XXXIX, 1941, p. 197 ss.
- RESTA G., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2002, spec. p. 809 ss.
- SCALISI V., *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 147 ss.
- TARELLO G., voce *Formalismo*, in *Noviss. dig. it.*, 1957, p. 573 ss.
- VARI F., *Concepito e procreazione assistita. Profili costituzionali*, Cacucci, Bari, 2008, spec. p. 38.
- ZAGREBELSKI G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1997.