

**ANNUARIO
DI DIRITTO COMPARATO
E DI
STUDI LEGISLATIVI**

2019



Edizioni Scientifiche Italiane

Anno 2019, vol. X

Edito con la collaborazione scientifica del Dipartimento di Diritto, Economia, Management e Metodi quantitativi (DEMM) dell'Università degli Studi del Sannio e con gli auspici del Dipartimento di Diritto comune patrimoniale dell'Università degli Studi di Napoli «Federico II», del Dipartimento di Scienze Giuridiche «C. Mortati» dell'Università della Calabria e del Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università degli Studi di Firenze.

DIREZIONE

Gianmaria Ajani, Domenico Amirante, Luisa Antonioli, Vittoria Barsotti, Gian Antonio Benacchio, Mauro Bussani, Albina Candian, Felice Casucci, Giovanni Comandè, Gabriele Crespi Reghizzi, Barbara De Donno, Rocco Favale, Andrea Fusaro, Antonio Gambaro, Elisabetta Grande, Michele Graziadei, Andrea Guaccero, Luigi Moccia, Maurizio Oliviero, Cristoforo Osti, Massimo Papa, Lucio Pegoraro, Gian Maria Piccinelli, Barbara Pozzo, Antonino Procida Mirabelli di Lauro, Mario Serio, Marina Timoteo, Francesco Paolo Traisci, Vincenzo Varano, Mauro Volpi, Fabio Emilio Ziccardi

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

Rodolfo Sacco (Presidente), Jürgen Basedow, Horatia Muir-Watt, Jacques Vanderlinden, François Terré

COMITATO EDITORIALE

Katia Fiorenza (coordinatore), Veronica Caporrino, Adele Pastena, Patrizia Saccomanno, Mariacristina Zarro, Alessandra De Luca, Domenico Di Micco, Sara Benvenuti, Gianluca Tracuzzi

Registrato presso il Tribunale di Napoli al n. 62 del 28 settembre 2009 Responsabile: Angela Del Grosso

Accettazione dei contributi inviati all'*Annuario di diritto comparato* - Procedura di *peer review*
L'*Annuario di diritto comparato* pubblica contributi scientifici che sono soggetti a una procedura di *peer review* a doppio cieco. Gli articoli e gli altri contributi inviati all'*Annuario* sono preliminarmente valutati dalla Direzione. Se sono ritenuti potenzialmente adatti alla pubblicazione, la Direzione nomina due revisori. I revisori sono selezionati in base alle conoscenze richieste per valutare il contributo. I revisori valutano il contributo senza conoscere l'identità dell'autore e l'autore non conosce l'identità dei revisori. Al termine della procedura di valutazione, la Direzione può domandare all'autore di apportare modifiche al proprio contributo. I contributi valutati positivamente dai revisori sono accettati per la pubblicazione. I contributi pubblicati dall'*Annuario* sono di regola selezionati su invito.

Publishing with the *Annuario di diritto comparato* - Peer review policy

The *Annuario di diritto comparato* publishes scholarly contributions that are subject to a double blind peer review process. The articles and other contributions submitted to the *Annuario* undergo a preliminary assessment by the Editorial Board. If they are potentially suitable for publication, the Editorial Board will appoint two referees. The referees are selected on the basis of their expertise. The referees do not know the authors' identity nor does the author know the identity of the referees. At the end of the peer review process, the Editorial Board may ask the author to revise her or his contribution, on the basis of the referees' comments. The contributions which receive a positive assessment by the referees will be accepted for publication. Contributions to the *Annuario* are generally solicited by invitation.

Copyright by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli
Periodico esonerato da B.A.M., art. 4, 1° comma, n. 6, d.P.R. 627 del 6-10-78

INDICE

PARTE I

Nuovi percorsi di diritto comparato

KATIA FIORENZA, <i>Presentazione</i>	3
GAIA ALLORI, <i>Il diritto comparato in assenza di giuridificazione: il caso delle «comunità intenzionali»</i>	9
ANTONIA BARAGGIA, <i>La condizionalità economica nella giurisprudenza della crisi: un'analisi comparata</i>	37
MARCO BASSINI, <i>Taricco and Sons: a 'Dangerous' Exercise of Judicial Cooperation?</i>	71
MICHELE COZZIO, <i>Effetti della mutazione giuridica: la trasparenza come bene comune?</i>	107
RICCARDO DE CARIA, <i>Interest Representation before Courts. Lessons from the American Experience</i>	139
TOMMASO AMICO DI MEANE, <i>Metodologia e diritto comparato alla ricerca della "creatività". Verso un approccio flessibile</i>	165
MATTEO DRAGONI, <i>Software Patents in the Japanese, European and United States' Legal Systems</i>	199
STEFANO FANETTI, <i>Adattamento ai cambiamenti climatici e proprietà edilizia in contesti urbani</i>	227
ANGELO JR GOLIA, <i>Counter-Limits Beyond Europe? The Latin-American Calvo Doctrine from a Comparative Law Perspective</i>	261
ANNA MAROTTA, <i>Sharia courts e offerta di giustizia islamica: una competizione giurisdizionale nel Regno Unito</i>	289
CARLO MASIERI, <i>La circolazione di un modello: i documenti me-</i>	

<i>dico-scientifici nei giudizi sulla responsabilità dell'esercente la professione sanitaria</i>	319
VERONICA MONTANI, <i>Rilettura del project financing</i>	343
ROSARIO PETRUSO, <i>Recenti tendenze in tema di responsabilità degli intermediari di internet nella tradizione giuridica occidentale</i>	379
NAIARA POSENATO, <i>Stile delle sentenze e corti regionali di protezione</i>	413
ILARIA RIVERA, <i>A lezione di costituzionalismo britannico: la Supremacy of Parliament alla prova della Brexit</i>	443
MIMMA ROSPI, <i>La segretezza del voto garanzia di libertà (o ostacolo alla partecipazione?): una comparazione fra Italia e Stati Uniti</i>	471
GIULIA SPELTA, <i>I rapporti patrimoniali tra coniugi in Francia: la disciplina d'oltralpe costituisce davvero un esempio di autonomia per l'Italia?</i>	497
GIULIA TERLIZZI, <i>Autonomia contrattuale e principi extra legali: spunti comparatistici</i>	515
LYDIA VELLISCIG, <i>Come garantire i danneggiati. Considerazioni sul ruolo dell'assicurazione e dell'autoassicurazione</i>	539
ELENA VALENTINA ZONCA, <i>Tribunali arbitrali, Islam e integrazione tra dicotomie e complessità. Una prospettiva comparata</i>	563

PARTE II

L'intervista

<i>Conversando con Paolo Grossi, a cura di Vittoria Barsotti</i>	587
--	-----

PARTE III

Studi

GIACINTO DELLA CANANEA, <i>Judicial Review of Administrative Action in Italy: beyond deference?</i>	605
---	-----

ANDREA FUSARO, <i>The Legal Services Market and Conveyancing Law</i>	631
ANTONELLO MIRANDA, <i>Multiculturalism in the Italian Family Law</i>	643
CLAUDIA AMODIO, <i>L'effet intégrateur de la Constitution en France, entre formes de présence du passé et nouveaux paradigmes en quête de reconnaissance</i>	679
ANDREA BORRONI, <i>L'evoluzione della disciplina del lavoro nel diritto georgiano</i>	709
VERONICA CAPORRINO, <i>Il dialogo tra modelli culturali e giuridici: una verifica comparatistica</i>	751
ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS, <i>L'azione popolare: particolarità e razionalità. (Alcune riflessioni di Jeremy Bentham sull'accusa penale)</i>	769
KATIA FIORENZA, <i>Transazioni commerciali e ritardi di pagamento nel prisma della comparazione giuridica</i>	783
FIGURE FONTANAROSA, <i>Dati biometrici e tutela della privacy tra divergenze giuridiche ed esigenze di unificazione</i>	807
BIANCA GARDELLA TEDESCHI, <i>Cosa lascia chi fugge? Il pensiero di Guido Tedeschi in Italia dopo l'alià</i>	845
SABRINA LANNI, <i>Entomophagy: European Food Market Regulation and Consumer Protection</i>	861
MARIA PAOLA MANTOVANI, <i>I sistemi di giustizia alternativa e la competizione tra gli ordinamenti giuridici</i>	887
MATTEO MIELE, <i>Le mozioni di sfiducia nei confronti del Druk Gyalpo e del Consiglio dei ministri del Bhutan</i>	903
ANTONIO NAPPI, <i>Restorative Justice: 'guardare oltre'. L'imprescindibile ausilio dello studio comparatistico nel ripensare la risposta al delitto</i>	919
ADELE PASTENA, <i>Kafalah in International and European Conventions</i>	963
PIETRO PERLINGIERI, <i>Comparazione giuridica al tempo di internet</i>	987

LUCA ETTORE PERRIELLO, <i>Prime note a margine della legge sulle disposizioni anticipate, con uno sguardo alla Spagna</i>	993
GIULIO SANTONI, <i>La tutela del marchio in Cina dopo la riforma del 2013</i>	1019
MARCO SEGHEsIO, <i>Caratteristiche e peculiarità dell'assetto delle fonti nel codice del lavoro georgiano</i>	1051

PARTE IV

Itinerari bibliografici, recensioni ed eventi

BERTA ESPERANZA HERNÁNDEZ-TRUYOL e ROBERTO VIRZO, <i>Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori</i> [Anna Lorenzetti]	1079
<i>Debates Constitucionales</i> , collana diretta da José TUDELA ARANDA, e coordinata da Josep María CASTELLÀ ANDREU e Fernando REVIRIEGO PICÓN [Matteo Nicolini]	1083
ROSARIO AITALA, <i>Il metodo della paura. Terrorismi e terroristi</i> [Giovanna Gilleri]	1093
LARRY A. DI MATTEO, <i>International Business Law and the Legal Environment. A Transactional Approach</i> [Barbara Pasa]	1105
LUCA GIACOMELLI, <i>Ripensare l'eguaglianza. Effetti collaterali della tutela antidiscriminatoria</i> [Elisabetta Lamarque]	1111

GIULIA TERLIZZI

AUTONOMIA CONTRATTUALE E PRINCIPI EXTRA LEGALI: SPUNTI COMPARATIVI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'esperienza del Québec e della Francia. – 3. Il ricorso al principio di dignità: il nuovo ruolo dei principi extralegali? – 4. I limiti del "buon costume" e dell'"ordine pubblico" nella Direttiva europea sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche. – 5. Conclusioni.

1. Il rinvio del diritto a principi extralegali crea significativi problemi negli attuali sistemi giuridici occidentali.

In un contesto sociale permissivo come quello attuale, la possibilità che il diritto, attraverso il rinvio alle clausole generali, limiti la sfera di autonomia del singolo sembra inesorabilmente tramontata. Ciò risulta evidente all'interno del diritto privato, in cui la prevalenza accordata al principio di autodeterminazione, insieme all'affermarsi di un pluralismo valoriale, ha eroso il ruolo dei buoni costumi. Nella sfera del diritto privato contrattuale, la sopravvivenza della clausola del buon costume quale limite all'autonomia privata è incrinata da due fattori: il timore di un eccessivo soggettivismo dei tribunali nell'interpretazione della clausola, soprattutto di fronte alla perdita di una concezione della morale accettata e condivisa dalla pluralità dei cittadini, e il crescente ambito in cui opera il principio di autodeterminazione nei sistemi giuridici occidentali. Dal processo di liberalizzazione dei costumi discende da un lato il rifiuto da parte del diritto e della società di dichiarare se il tale costume sia buono o meno, dall'altro il riconoscimento, da parte del diritto, dell'ampliamento della sfera della libertà del singolo in nuovi ambiti. La nozione generalmente accettata di costume, che rimanda alle pratiche di vita, è impiegata in maniera neutra, e non implica alcun giudizio valoriale.

Il fenomeno accomuna gran parte dei sistemi occidentali: la libertà negoziale «tende a penetrare tutti gli spazi vitali»¹, occupando nuovi territori e sottraendosi a limitazioni da parte del diritto².

¹ U. BRECCIA, *Il contratto in generale*, in BESSONE (dir.), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1999, p. 178.

² Si pensi agli atti di disposizione sul proprio corpo, agli accordi in materia di pro-

L'analisi della nozione di buon costume in un panorama giuridico che tende a disinteressarsi del termine "buono" e che riconosce, d'altra parte, l'insufficienza della tesi prettamente sociologica³ conduce i giuristi verso un nuovo terreno, quello appunto dell'ordine pubblico⁴, spingendosi fino al richiamo del "principio di dignità", riconosciuto e proclamato dal diritto nazionale e europeo.

Ci si propone in questo articolo di descrivere il processo di eliminazione del contenuto "autonomo" della clausola del buon costume e la sua incorporazione nella clausola di ordine pubblico o nel rinvio al principio di dignità e ai principi fondamentali.

In particolare, si intende sottolineare il mutamento della funzione delle clausole generali come strumento nelle mani dell'interprete. Anche sul fronte europeo, si assiste, proprio con riguardo alle clausole generali

creazione medicalmente assistita, agli accordi con cui si attribuiscono diritti patrimoniali al convivente *more uxorio* che in precedenza erano considerati illeciti perché contrari all'ordine pubblico e al buon costume. In tema di rettificazione anagrafica del transessuale, cfr. T. Velletri, 2 novembre 2005, in *Dir. fam. pers.*, 2006, I, p. 1183; T. Bologna, 5 agosto 2005, in *Foro It.*, 2006, I, c. 3542. Prima che la materia fosse regolamentata dalla legge n. 40/2004 (norme in materia di procreazione medicalmente assistita) cfr. T. Roma, (ord.) 17 settembre 2000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 203; T. Palermo, (ord.) 8 gennaio 1999, in *Fam. dir.*, 1999, p. 52; A. Salerno, 25 febbraio 1992, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 179; in tema di contratti attributivi di diritti patrimoniali al convivente *more uxorio*, Cass., 8 giugno 1993, n. 6381, in *Corr. giur.*, 8/1993, pp. 947-951, con nota di V. CARBONE, *La capacità contrattuale durante la convivenza*; in tema di accordi di procreazione medicalmente assistita, cfr. T. Napoli, sez. I, 1 luglio 2011, in *Giur. mer.*, 2011, 11, p. 2695. Cfr., infine, la recente Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, *Contr.*, 2013, 3, pp. 223-330 in tema di accordi prematrimoniali in vista del divorzio.

³ Si definisce sociologica quella tesi che individua i buoni costumi a partire dalla osservazione della società, in un dato tempo e in un dato spazio. Le elaborazioni più compiute ed organiche di questa tesi sono legate in Italia ai nomi di Francesco Ferrara, e in Francia a quello di René Demogue. Cfr. F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général, Sources des obligations*, Paris, 1923.

⁴ Per un approfondimento sul superamento della tesi sociologica e sul processo di giuridicizzazione del buon costume all'interno dell'ordine pubblico in Italia è doveroso il rimando a G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970 e a S. RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, in *Giur. mer.*, 1970, 1, pp. 104-109; PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973. Negano la natura extrapositiva del buon costume anche P. RESCIGNO, *In pari causa turpitudinis*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, pp. 1-58; LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993. Nella dottrina francese cfr. D. FENOUILLET, *Les bonnes mœurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique!*, in *Le droit privé français à la fin du XX siècle*, Paris, 2001, pp. 487-528.

di ordine pubblico e buon costume, ad un fenomeno di “armonizzazione” del contenuto delle due clausole attraverso il crescente richiamo al principio di dignità; ciò crea non pochi problemi di applicazione da parte degli Stati Membri, dotati di autonome nozioni di “ordine pubblico» e di «buon costume”. Il tema è particolarmente sentito con riguardo alla problematica rilevanza dell’autonomia privata nelle questioni poste dalle biotecnologie, e ripropone l’eterno dilemma intorno alle clausole generali, in sospeso tra due opposte esigenze: l’apertura ai valori da un lato, e la certezza del diritto dall’altro.

2. Il problema posto dalla clausola del buon costume nel suo rapporto con il pluralismo sociale è sentito in gran parte dei paesi occidentali.

Se si può considerare del tutto abbandonata la lettura deontologica della nozione di buon costume, storicamente connessa ad una morale religiosamente fondata, anche la lettura sociologica⁵ della clausola del buon costume – che rinviava a quell’«insieme di regole di comportamento sociale» comunemente accettate dalla collettività – pare essere superata negli ordinamenti giuridici contemporanei. Di fronte alla consacrazione della libertà del soggetto nella sfera privata e familiare il concetto stesso di “buon” costume entra in crisi. Il riconoscimento del principio di autodeterminazione del soggetto si manifesta anche nella libertà di determinare i propri costumi di vita e nel tenerli segreti; ne consegue che in questo ambito il diritto non ha più alcuna facoltà di intervenire per dettare una condotta piuttosto che un’altra. Se i costumi sono liberi e sono propri, non devono essere oggetto di un giudizio altrui, e non devono nemmeno essere “buoni”. La libertà, in questo senso, condanna la nozione autonoma ed extragiuridica di buon costume, riconoscendo quale unico limite alla propria determinazione, l’interesse pubblico, che è al centro della nozione di “ordine pubblico”. Alla clausola del buon costume è data una nuova e diversa interpretazione che la vede accoppiata, se non addirittura equivalente, alla nozione di ordine pubblico. Tale fenomeno, ampiamente riconosciuto nella dottrina contemporanea, segna l’irrevocabile passaggio da una “moralizzazione del diritto” ad una “giuridicizzazione”⁶ della morale. Come osservato da un’attenta dottrina

⁵ Cfr. F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général, Sources des obligations*, Paris, 1923.

⁶ Il termine è di G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 262.

francese, «l'analyse des mœurs, en conduisant à l'abrogation formelle de ces «bonnes» mœurs et à l'insuffisance d'une détermination «coutumière» des «mauvaises» mœurs, renvoie l'interprete à un nouveau mystère, celui de l'ordre public»⁷.

La prevalenza accordata al principio di autodeterminazione, insieme all'affermarsi di un pluralismo valoriale, ha sradicato i buoni costumi, che rilevano solo se la loro violazione produce conseguenze inaccettabili per l'ordine sociale; in altri termini solo se tali conseguenze sono considerate contrarie all'ordine pubblico⁸. Ciò risulta evidente anche sul piano della applicazione giurisprudenziale; la crescente resistenza del diritto ad interferire con l'autonomia contrattuale in nome di concezioni morali tradizionali ha portato i giudici a dichiarare non illeciti (e, si noti, sottolineandone la non contrarietà all'ordine pubblico) gli atti di donazione fatti in sussistenza di un rapporto adulterino, o il contratto di prossenetico concluso da un uomo sposato⁹. D'altra parte, le residuali ipotesi di ap-

⁷ D. FENOUILLET, *Les bonnes mœurs sont mortes!*, cit., pp. 487-528, p. 493.

⁸ Cfr. D. FENOUILLET, *o.c.*, p. 489. Nella dottrina italiana Nicolussi parla di «assolutizzazione dell'autonomia privata». Cfr. A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 1, pp. 1-58, p. 9; Nivarra sottolinea il dato che la primazia del principio di autonomia ha condizionato il modo stesso di impostare il discorso in ambito bioetico e biogiuridico, cfr. L. NIVARRA, *Autonomia (bio)giuridica e tutela della persona*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 3, pp. 719-754, p. 732.

⁹ Cfr. In Francia, la celebre sentenza della Cassazione del 3 febbraio 1999, la quale ha operato un *revirement* giurisprudenziale. Cass. civ., 3 février 1999, in *Bull.*, I n° 43: «Il n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire». Cfr. anche Cass., 1 ch. Civ., 25 janvier 2000; arrêt inédit du 16 mai 2000, du 29 janvier 2002 n° 11, Ass. Plén., 20 octobre 2004, n. 03-11.238; in *Bull. ass. plén.* n. 12; nella giurisprudenza di merito cfr., Paris 2^{ème} ch. 5 octobre 1999; arrêt du 3 février 1999, Versailles 1ère ch. 10 février 2000, in *Jurisdata* n° 2000-168129, secondo cui «le caractère adultérin d'une liaison ne constitue pas le critère de l'illicéité de la libéralité, et une libéralité faite pour maintenir une relation adultère n'est pas contraire aux bonnes mœurs»; Aix-en-Provence 30 mars 2000, in *Jurisdata* n° 2000-126874, secondo cui «une donation indirecte d'un immeuble est licite puisqu'intervene au cours d'un concubinage qui a duré près de deux ans et, sans que soit démontrée la volonté de rémunérer cette relation, conforme aux bonnes mœurs»; Bordeaux 1ère ch. 12 octobre 2000, in *Jurisdata* n° 2000-127893; Paris 2^{ème} ch. 31 janvier 2002, in *Jurisdata* n° 2002-167936; Paris 15^{ème} ch. 28 février 2003, in *Jurisdata* n° 2003-206981. In relazione al caso del prossenetico, cfr. Cass., 1 ch. Civ., 4 novembre 2011, n. 10-20.114; in *Bull. Civ.*, I, n. 191: «Le contrat proposé par un professionnel, relatif à l'offre de rencontres en vue de la réalisation d'un mariage ou d'une union stable, qui ne se confond pas avec une telle réalisation, n'est pas nul, comme ayant une cause contraire à

plicazione si distinguono ormai a fatica da quella che è la naturale sfera di applicazione dell'ordine pubblico. L'unica morale "comune" sembra quindi coincidere con la morale giuridica, poiché è la morale espressa dal sistema giuridico quella a cui il giudice si deve interessare.

A partire da questa constatazione, è opportuno segnalare l'esperienza di alcuni sistemi giuridici, che, optando per una radicale scelta di rottura con la tradizione giuridica precedente, hanno provveduto – anche sul piano formale – all'erosione della clausola del buon costume, eliminando la nozione dal testo del codice civile.

A tal riguardo è significativa l'esperienza del Québec. Ivi il legislatore, consapevole della perdita della originale autonomia del buon costume nella percezione comune della società quebecchese¹⁰ ha operato un adattamento delle norme del codice civile alla «nouvelle moralité contractuelle»¹¹, attuando, alla fine degli anni '50, un processo di revisione

l'ordre public et aux bonnes mœurs, du fait qu'il est conclu par une personne mariée». In Italia, cfr. Cass., 8 giugno 1993, n. 6381, in *Corr. giur.*, 8/1993, pp. 947-951. In particolare, la Cassazione ha dichiarato che «la convivenza *more uxorio* tra persone in stato libero non costituisce causa di illiceità e, quindi, di nullità di un contratto attributivo di diritti patrimoniali (nella specie, comodato) collegato a detta relazione, in quanto tale convivenza (...) non contrasta né con norme imperative (...), né con l'ordine pubblico, (...), né con il buon costume, inteso, a norma delle disposizioni del Codice civile (v. art. 1343, 1354), come il complesso dei principi etici costituenti la morale sociale di un determinato momento storico, bensì ha rilevanza nel vigente ordinamento per l'attribuzione di potestà genitoriali nell'ipotesi disciplinata dall'art. 317-bis c.c., come nella normativa della l. 27 luglio 1978 n. 392 in ordine alla successione del contratto di locazione»; in tema di accordi tra conviventi, Cass., 8 giugno 1993, n. 6381, in *Corr. giur.*, 1993, p. 947; in tema di accordi sulla crisi coniugale, cfr. Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Fam. e dir.*, 2000, p. 429; Cass. 13 gennaio 1993, n. 348, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p.1670; in tema di accordi riguardanti la prole cfr., Trib. Napoli, 18 giugno 1990, in *Giur. mer.*, 1991, 15; è ritenuto non contrario all'ordine pubblico (e manifestazione della libera espressione dell'autonomia negoziale) il contratto prematrimoniale sottoscritto in vista del divorzio, cfr. Cass. civ., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *I contratti*, 2013, 3, pp. 221-230. Trib. Torino, sez. VII, ord. 20 aprile 2012, in *Fam e dir.*, 2012, p. 803 e ss.: "L'accordo concluso sui profili patrimoniali tra i coniugi in sede di separazione legale ed in vista del divorzio non contrasta né con l'ordine pubblico, né con l'art. 160 c.c.; in senso conforme cfr. anche Cass. 13 gennaio 1993, n. 348, in *Corr. giur.*, 1993, p. 822 Per una rassegna sulle recenti "disapplicazioni" del limite del buon costume nella sfera familiare e sessuale, cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Prestazione (negoziabilità della)*, in *Enc. giur.*, 2003, pp. 1-18.

¹⁰ Sous-commission des institutions, 18 septembre 1991 N. 11, *Étude détaillée du projet de loi 125 - Code civil du Québec* (9), in *Journal des Débats, Commissions parlementaires, Assemblée Nationale, première session, XXXIV^{ème} législature*, Québec.

¹¹ J.L. BAUDOIN, *Les obligations*, Cowansville, p. 12, § 13. Per una ricognizione

del diritto privato canadese, che è culminato nella eliminazione della clausola dei buoni costumi (*bonnes mœurs*) quale limite all'autonomia contrattuale¹². Il nuovo Codice civile del Québec (emanato nel 1994) non menziona più la clausola del “buon costume”, essendo tale nozione «in ogni caso assimilata da buona parte della giurisprudenza e della dottrina all'ordine pubblico»¹³. La stessa operazione è avvenuta nel codice civile della Louisiana. Il legislatore della Louisiana ha apportato alcune rilevanti modifiche al codice civile nella parte dedicata alle obbligazioni convenzionali. In particolare, il nuovo articolo 1968 prevede l'illiceità della causa nelle due sole ipotesi di contrarietà alla legge o all'ordine pubblico (*public policy*).

La scelta radicale operata dal legislatore del Québec non è rimasta isolata. Con vent'anni di distanza la Francia, nella recentissima riforma dei contratti, si è “letteralmente” liberata della clausola del buon costume, quale clausola limitativa della libertà contrattuale, eliminandola dal testo del codice civile. Il nuovo articolo 1102 c.c., al secondo comma, stabilisce che «la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public».

Il legislatore francese ha inteso rendere più accessibili le molte nozioni del codice considerate desuete attraverso una deliberata operazione terminologica, volta a rendere il vocabolario del diritto più conforme al linguaggio contemporaneo: «Le style du code civil, dont l'élégance n'est pas contestable, n'est toutefois plus facilement compréhensible pour l'ensemble des citoyens, et certaines formulations sont aujourd'hui désuètes. L'ordonnance rend ces dispositions plus accessibles, par l'usage d'un vocabulaire contemporain, et des formulations plus simples, plus explicites, tout en conservant la concision et la précision qui caractérisent le code civil»¹⁴.

Se, da un lato, la scelta di abbandonare la nozione di *bonnes mœurs* è – come affermato da alcuni commentatori – legata a ragioni di “vetu-

della evoluzione della clausola del buon costume nel diritto civile del Québec precedente e posteriore alla riforma del codice civile, si rinvia a G. TERLIZZI, *Dal buon costume alla dignità della persona. Percorsi di una clausola generale*, Napoli, 2014.

¹² Il Progetto fu approvato all'unanimità dall'Assemblea Nazionale il 18 dicembre 1991, L. Q. 1991, chap. 64.

¹³ Sous-commission des institutions, 18 septembre 1991, n. 11, *Etude détaillée du projet de loi n. 125 - Code civil du Québec* (9), in *Journal des Débats*, Commissions parlementaires, Assemblée Nationale, première session, XXIV^{ème} législature, Québec.

¹⁴ Rapport du 11 février 2016 au Président de la République, cit., p. 3.

stà linguistica”¹⁵, dall’altro lato, è interessante notare che le nozioni ritenute desuete (*bonnes mœurs*) sono state eliminate e non sostituite con altre formule. Nel testo di presentazione dell’Ordonnance del 2016 si legge: «l’articolo 1102 si ispira all’articolo 6 del codice civile, senza tuttavia mantenere il divieto di derogare ai buoni costumi. Questa nozione appariva in effetti desueta rispetto all’evoluzione della società, e la giurisprudenza l’ha progressivamente abbandonata in favore della nozione di ordine pubblico, il cui contenuto non cessa di ampliarsi»¹⁶. In questo senso, si può scorgere all’interno delle due scelte legislative ora illustrate, il chiaro segnale della vittoria della lettura giuridicizzata della clausola generale del buon costume, non più informata di elementi extra giuridici o appartenenti a sfere ideali.

È dunque solo in nome dell’ordine pubblico che i giudici francesi e québecchesi continueranno ad esercitare il controllo di liceità dell’autonomia contrattuale¹⁷.

L’esito di questa operazione non può che essere la “frammentazione” dell’ordine pubblico, o – più precisamente, la creazione di un “ordine pubblico multiforme”. Nel richiamare l’ordine pubblico il legislatore estende la sua portata nel senso più largo e funzionale possibile, includendovi tutti i limiti all’autonomia delle parti, incluso quello del buon costume¹⁸. La inevitabile conseguenza di questa scelta è l’estensione e la

¹⁵ G. ALPA, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, pp. 177-202, p. 188.

¹⁶ Cfr. *Rapport au Président de la République*, in *JORF* n° 0035 du 11 février 2016 texte n° 25: «Il s’inspire de l’article 6 du code civil, sans toutefois maintenir l’interdiction de déroger aux bonnes mœurs. Cette notion apparaît en effet désuète au regard de l’évolution de la société, et la jurisprudence l’a progressivement abandonnée au profit de la notion d’ordre public dont elle n’a eu de cesse de développer le contenu».

¹⁷ Cfr., F. CHÉNÉDÉ, *La réforme du droit des contrats*, in *AJ Famille* 2016, p. 129.

¹⁸ Sulla concezione funzionale dell’ordine pubblico comprendente al suo interno il buon costume e sulla sua frammentazione in ordine pubblico umanista, sociale, politico, filantropico, ecc. cfr. M. MEKKI, *Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d’ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations*, in *Recueil Dalloz*, 2015, p. 816. Sul declino dei buoni costumi in favore di un ordine pubblico che si estende a coprire tutte le forme di illiceità, si vedano J. HOUSER e J.J. LEMOUOLAND, *Répertoire de droit civil, Ordre public et bonnes mœurs*, Dalloz, Paris, 2015 (actualisation 2016), e l’importante contributo di D. FENOUILLET, *Les bonnes mœurs sont mortes, vive l’ordre public philanthropique*, in *Etudes offertes à P. Catala*, Paris, 2001, p. 487 ss. Sulla storia della progressiva espansione della clausola dell’ordine pubblico, a scapito di quella del buon costume, cfr. anche G. TERLIZZI, *Dal buon costume alla dignità della persona. Percorsi di una clausola generale*, Napoli, 2014, alle pp. 71 ss.

diversificazione dell'ordine pubblico, volta a comprendere al suo interno anche le ipotesi di illiceità precedentemente connesse al buon costume. La dottrina e la giurisprudenza incominciano a parlare di “ordini pubblici particolari”¹⁹, e di “*ordre public composite*”. In Québec, come in Francia, si rinvia alla clausola di “*ordre public moral*” per sanzionare quei contratti che, rispetto ai valori generalmente ammessi, sono considerati immorali²⁰; e si ricorre all’*ordre public économique* (de *direction* e de *protection*) per tutelare gli interessi economici della società e della persona; all’*ordre public politique*, infine, si può ricondurre tutto ciò che concerne l’organizzazione democratica della società.

Di conseguenza, un gran numero di contratti che incorrevano in passato nell’illiceità per contrarietà ai buoni costumi, perché favorivano il compimento di atti immorali e repressibili²¹, rientrano oggi, più “conve-

¹⁹ Il fenomeno di parcellizzazione dell’ordine pubblico è nato nella dottrina francese. Cfr., fra i molti, J. CARBONNIER, *Droit civil*, 17^a ed., Paris, 1993, T. IV, n. 70, il quale ha messo in risalto la distinzione oggi generalmente ammessa tra *ordre public de protection* e *ordre public de direction*; fanno riferimento alla “parcellizzazione” dell’ordine pubblico PH. MALAURIE e L. AYNÉS, *Obligations, Contrats, Quasi contrats*, 11^a ed., Paris, 2001-2002, p. 157; F. TERRÉ, PH. SIMLER e Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, 1999, p. 349, C. BRUNETTI-PONS, *La conformité des actes juridiques à l’ordre public*, in *Etudes offertes au professeur Malinvaud*, Paris, 2007; D. FENOUILLET, *o.u.c.*, p. 512. Anche in giurisprudenza si è fatto riferimento all’*ordre public composite*, cfr. Cass., 3 civ., 2 juin 1999, con nota di S. BEAUGENDRE, in *Dalloz*, n. 35, pp. 733-736. Nella dottrina italiana fa riferimento ad un ordine pubblico multiforme F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, 2^a ed., Padova, 2008, pp. 369 e 371, fa riferimento ad un ordine pubblico valoriale, M. ROBLES, *La rilevanza del buon costume nel diritto privato attuale*, in *Riv. dir. priv.*, 4/2010, p. 110, nota 21; si vedano anche le categorizzazioni “valoriali” dell’ordine pubblico utilizzate da L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI e U. NATOLI, *Diritto civile, fatti e atti giuridici*, Torino, 1987, p. 720, come quella dell’efficienza nei contratti e dell’indirizzo economico (ordine pubblico di direzione e struttura economica); degli interessi collettivo-sociali (c.d. ordine pubblico di protezione); dei valori della persona e della famiglia (ordine pubblico personale e familiare) e della comunità statale (ordine pubblico politico). Per una classificazione dell’ordine pubblico in diverse categorie, a seconda degli interessi e dei valori tutelati cfr. V. ROPPO, *Il Contratto*, in G. IUDICA e P. ZATTI (dirr.), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011, pp. 385 ss.

²⁰ Per il legislatore quebecchese sono nulli (nullità assoluta) i contratti di maternità surrogata (*mère porteuse*), e quelli di procreazione per conto di altri, sia a titolo oneroso che a titolo gratuito (art. 541 CcQ) perché contrari all’ordine pubblico. Così come sono nulli i contratti di prostituzione o il *pot-de vin* (pagamento di tangenti), cfr. J. PINEAU, D. BURMAN e S. GAUDET, *Théorie des obligations*, Montréal, 1996, p. 256.

²¹ In giurisprudenza, cfr., *Webster v. Kelly*, (1891) 7 M.L.R.C.S. 25; *McKibbin v. McCone*, (1899) 16 C.S. 126; *Bruneau v. Laliberté*, (1901) 19 C.S. 425 (contratto di assi-

nientemente”, nella contrarietà all’ordine pubblico²². Sulla scia della esperienza francese, l’ampliamento e la conseguente frammentazione della nozione di ordine pubblico a scapito della autonomia della clausola del buon costume e la sostanziale coincidenza fra contrarietà al buon costume e contrarietà all’ordine pubblico sono ormai diffusamente riconosciuti anche in Italia. Come sottolineato in dottrina²³, l’ordine pubblico esprime i principi etici fondamentali dell’ordinamento²⁴; le sue multiformi espressioni configurano l’ordine pubblico come clausola di protezione di interessi non solo pubblici, ma anche individuali e personalistici.

Se dunque, a livello di prassi applicativa, l’erosione della nozione del buon costume è un fenomeno comune e diffuso in gran parte dei sistemi giuridici contemporanei, occorre nondimeno sottolineare che la scelta operata dai legislatori del Québec e della Francia segna tuttavia un punto di non ritorno radicale nell’evoluzione della clausola del buon costume o, più precisamente, nella sua trasformazione. L’eliminazione della nozione dai codici civili quebecchese e francese testimoniano il definitivo declino dell’autonomia della clausola del buon costume quale principio autonomo ed extra legale, e la conseguente trasformazione (sia a livello di contenuto che di funzione) dei limiti all’autonomia privata.

3. La clausola dell’ordine pubblico è ormai utilizzata come limite alla libertà dei costumi; ad essa è affidata anche la protezione della persona umana.

curazione collegato ad una casa di appuntamenti); *Lecker v. Balthazar*, (1909) 15 R.J. 1; *Noël v. Brunet*, (1915) 48 C.S. 119 (contratto di locazione di una casa di appuntamenti) *Langelier Ltée v. Demers*, (1928) 66 C.S. 120 (contratto di affitto di un pianoforte per una casa di appuntamenti); *Hébert v. Sauvé*, (1932) 38 R.L. (n.s.) 410 (C.S.).

²² J.L. BAUDOUIN, *o.c.*, 128. In giurisprudenza cfr., *Boucher c. Laundry*, 27-8-2004, n. 605-32-001736-049.

²³ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, 2011, p. 385 ss., il quale suggerisce una classificazione dell’ordine pubblico in diverse categorie a seconda della natura degli interessi e dei valori tutelati. Cfr., anche F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, 2^a ed., Padova, 2008, alle pp. 369 e 371, il quale fa riferimento ad un ordine pubblico valoriale; e M. ROBLES, *La rilevanza del buon costume nel diritto privato attuale*, in *Riv. dir. priv.*, 4/2010, p. 110, nota 121. Cfr., in generale, G. RESTA, *Contratto e persona*, in ROPPO (dir.), *Trattato del contratto*, Milano, 2006, p. 15; U. BRECCIA, *Il contratto in generale*, Torino, 1999, p. 178; F. DI MARZIO, *o.c.*, pp. 369 e 371.

²⁴ Nella giurisprudenza italiana, vedi, in tal senso, Cass., Sez. un., 8 maggio 1976, n. 1609, in *Foro it.*, 1976, I, c. 1851; Cass., 23 maggio 1987, n. 4681, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, p. 60.

Tuttavia, in questo contesto, anche l'ordine pubblico tradizionalmente inteso, nelle sue varie e recenti declinazioni, non sembra costituire un limite – convincente e accettabile – alla libertà dei costumi. Tale compito sembra, invece, possa essere svolto dal valore della dignità umana, posto alla base di un nuovo ordine pubblico²⁵, coniato dalla dottrina francese: l'ordine pubblico *filantropico*. Nella dottrina francese si fa riferimento ad un *ordre public philanthropique* che protegge la persona nella sua sfera individuale e relazionale; ad esso si riconduce tutto ciò che riguarda i diritti della personalità, la disciplina dei rapporti personali all'interno della famiglia, le regole sullo stato civile, ecc. L'aggettivo *philanthropique* si affianca ad un ordine pubblico volto a tutelare quel valore inerente l'essere umano, proclamato a gran voce dalle fonti sovranazionali e dalle Costituzioni degli Stati membri dell'Unione, che è la dignità umana²⁶.

Se il modello monolitico dell'ordine pubblico ha rappresentato per lungo tempo un limite alla volontà dei privati nel campo della autonomia negoziale, oggi, proprio in forza del crescente valore attribuito al principio di dignità e di autodeterminazione, si è passati ad un ordine pubblico filantropico che «non ha più un significato univoco, ma si atteggiava in maniera differente a seconda della particolare tipologia dei beni e degli interessi coinvolti»²⁷ e che si vede assegnati obiettivi «antropologicamente controversi e non del tutto pacificati»²⁸.

Determinate pratiche, che un tempo erano condannate sulla base dei buoni costumi, oggi lo sono attraverso il richiamo alla nozione di dignità, accolta e riproposta anche dalla dottrina più autorevole²⁹.

Anche il diritto europeo partecipa a quel processo che, a partire da una nozione tradizionale di ordine pubblico, muove verso una nozione

²⁵ Per un'attenta e completa trattazione sul principio di dignità e sulle sue funzioni di limite e di garanzia nell'ambito del biodiritto, della persona e dell'autonomia contrattuale si rimanda a G. RESTA, *Dignità persone, mercati*, Torino, 2014. Considera il limite della dignità quale valore assunto nell'ordine pubblico, in linea con le indicazioni che emergono dalla lettura dell'art. 8, comma 2 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, G. PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, in *PD*, 2003, pp. 45-67, p. 60; nella dottrina francese cfr. D. FENOUILLET, *o.c.*, p. 512.

²⁶ Cfr. *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, art. 1 e *CEDU*, art. 8, Diritto al rispetto della vita privata e familiare.

²⁷ G. RESTA, *Contratto e persona*, cit., pp. 14-15.

²⁸ F. DI MARZIO, *o.c.*, 377.

²⁹ Cfr. D. FENOUILLET, *o.c.*, p. 514.

di ordine pubblico basata sui diritti fondamentali, ricorrendo sempre più frequentemente al principio di dignità³⁰.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea enuncia al suo primo articolo che la "dignità umana è inviolabile"³¹; la Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina (più conosciuta come Convenzione di Oviedo) ricorda nel suo Preambolo l'importanza di assicurare la dignità dell'essere umano, e proclama all'art. 1 la protezione dell'essere umano nella sua dignità e nella sua identità³². Il principio di dignità è invocato anche nelle relazioni fra privati e tende ad assumere un ruolo preminente nel disegno di un diritto europeo dei contratti³³; nei *Principles of european contract law* (PECL) come anche nel *Draft common frame of reference* (DCFR) si è scelto di usare l'espressione "*fundamental principles*" per richiamare le categorie di ordine pubblico economico, ordine pubblico politico e ordine pubblico morale. Il concetto di "principi fondamentali", in questo modo, oltrepassa senza dubbio il concetto di ordine pubblico come definito dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, includendo senz'altro al suo interno i principi contenuti nelle multiformi nozioni di ordine pubblico. Frequenti sono i riferimenti al principio di dignità anche nei regolamenti, nelle direttive, nelle opinioni e nelle decisioni³⁴.

³⁰ Il richiamo europeo al principio di dignità è progressivamente aumentato nel corso degli anni come osservano, tra gli altri, G. RESTA, *La dignità*, in *Trattato di biodiritto*, I, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2010, p. 261; F.D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001, p. 5; ID., *Carta dei diritti fondamentali e autonomia privata*, in *Contratto e costituzione in Europa. Convegno di studio in onore del Prof. Giuseppe Benedetti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2005; J. JONES, *Human Dignity in the Eu Charter of Fundamental Rights and its Interpretation Before the European Court of Justice*, in *Liverpool Law Rev.*, 2012, 33: pp. 281-300; ID., *Common constitutional traditions: can the meaning of human dignity under German law guide the European Court of justice?*, *Public law*, 2004, pp. 1-15; M. FABRE MAGNAN, *La dignité en droit, un axiome*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2007, 1, 58, pp. 1-30.; B. FAUVARQUE COSSON e D. MAZEAUD, *European Contract Law*, München, 2008, p. 138 ss.

³¹ Art. 1 *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*.

³² Preambolo e art. 1 *Convenzione per la protezione dei diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina*.

³³ Cfr. M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, cit., pp. 1595-1637, p. 1597.

³⁴ Così, ad esempio, cfr. Direttiva 98/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, in

Si assiste, dunque, nel diritto europeo ad un crescente richiamo ai principi fondamentali, in sincronia con l'emersione del principio di dignità, nella sua duplice funzione di strumento capace di armonizzare il principio di autonomia con i limiti imposti dai valori fondamentali da un lato, e di fugare il rischio di un eccessivo paternalismo da parte dell'ordinamento, dall'altro.

4. I problemi relativi ai limiti dell'autonomia privata di fronte al crescente pluralismo etico assumono nel contesto europeo una dimensione particolare, in quanto si tratta di valutare se possa individuarsi (o debba costruirsi) una morale europea comune a tutti gli Stati membri oppure se il contesto giuridico e sociale di riferimento continui ad essere quello dei singoli sistemi nazionali. Si rende così anche evidente il rischio di applicazioni difformi. In particolare, nel campo della bioetica ci si deve confrontare con il problema di fissare dei limiti al potere della scienza e della tecnologia, sempre più capaci di incidere sulla struttura umana. Il processo di armonizzazione dell'UE nell'ambito dei brevetti biotecnologici si svolge all'interno di un contesto multilingue e pluralista, e solleva problemi che conviene non sottovalutare. Va in primo luogo segnalato che, in un tale contesto multiculturale, è frequente constatare che i termini giuridici utilizzati nella legislazione europea, sebbene abbiano degli equivalenti nelle giurisdizioni nazionali, si riferiscono a concetti giuridici che sono in parte differenti³⁵. A partire da questa constatazione, la Direttiva 98/44 mira a ridurre l'insicurezza giuridica in materia di protezione della biotecnologia e di alcune invenzioni attraverso una disciplina armonizzata nei diversi Stati Membri. Con la Direttiva 98/44 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, l'UE ha previsto una regolamentazione degli aspetti commerciali della materia biotecnologica piuttosto liberale, autorizzando la brevettabilità degli organismi viventi (geni, piante o animali) ed escludendo espressamente dal novero delle invenzioni brevettabili quelle il cui sfruttamento è contrario all'ordine pubblico e al buon costume. Come enunciato dalla direttiva stessa al considerando n. 3, «garantire una protezione efficace e

GUCE, 30 luglio 1998, L 231/13; direttiva 2010/45/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 luglio 2010 relativa alle norme di qualità e sicurezza degli organi umani destinati ai trapianti, in GUUE, 6 agosto 2010, L 207/14.

³⁵ P.C. ROSSI, *Europa e linguaggi giuridici*, Milano, 2008, pp. 363-364; E. IORIATTI, *Interpretazione comparante e multilinguismo europeo*, Padova, 2013, p. 80.

armonizzata in tutti gli Stati membri è essenziale al fine di mantenere e promuovere gli investimenti nel settore della biotecnologia». Tuttavia, è la stessa Direttiva a non ritenere necessaria la creazione di un diritto specifico che si sostituisca al diritto nazionale in materia di brevetti: «il diritto nazionale in materia di brevetti rimane il riferimento fondamentale per la protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche».

Si osserva, tuttavia, che, dopo il generale riconoscimento di una autonoma regolamentazione della materia da parte degli Stati Membri, la direttiva stabilisce quale primo limite alla brevettabilità, enunciato al considerando n. 1, quello della dignità: «il diritto dei brevetti dev'essere esercitato nel rispetto dei principi fondamentali che garantiscono la dignità e l'integrità dell'uomo». Solo dopo, al considerando n. 38, la Direttiva menziona come limiti alla brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche l'ordine pubblico e il buon costume, ribadendo però che per fornire ai giudici e agli uffici nazionali dei brevetti orientamenti di massima ai fini dell'interpretazione del riferimento all'ordine pubblico o al buon costume, si devono escludere dalla brevettabilità tutti «i procedimenti la cui applicazione reca pregiudizio alla dignità umana». In questa direzione si muove l'art. 6 della Direttiva, che al primo comma, esclude dalla brevettabilità «le invenzioni il cui sfruttamento commerciale è contrario all'ordine pubblico o al buon costume» (precisando peraltro che lo sfruttamento di un'invenzione non può di per sé essere considerato contrario all'ordine pubblico o al buon costume per il solo fatto che è vietato da una disposizione legislativa o regolamentare). Al secondo comma, l'articolo 6 fornisce poi un elenco – non esauriente – delle invenzioni non brevettabili³⁶, che in una lettura coordinata dell'articolo con il considerando n. 38, fornirà ai legislatori nazionali un criterio per interpretare correttamente i limiti di ordine pubblico e buon costume, escludendo dalla brevettabilità tutti quei procedimenti la cui applicazione reca pregiudizio alla dignità umana.

Da questa iniziale lettura del testo della Direttiva emerge con chiarezza il dato che la dignità umana è il principio fondamentale a cui de-

³⁶ Direttiva 98/44 CE, art. 6, comma 2: Ai sensi del paragrafo 1, sono considerati non brevettabili in particolare: i procedimenti di clonazione di esseri umani; i procedimenti di modificazione dell'identità genetica germinale dell'essere umano; le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali; i procedimenti di modificazione dell'identità genetica degli animali atti a provocare su di loro sofferenze senza utilità medica sostanziale per l'uomo o l'animale, nonché gli animali risultanti da tali procedimenti.

vono orientarsi le attività in campo bioetico, e rappresenta «il parametro fondamentale per la valutazione della liceità delle attività medico-scientifiche interferenti con la sfera della persona nelle sue componenti fisiche ed informazionali»³⁷. Come osservato da un'autorevole dottrina, «la proliferazione dei riferimenti alla dignità nel sistema del biodiritto contemporaneo è un dato ampiamente rilevato e tutt'altro che sorprendente: la dignità dell'uomo costituisce, come si è scritto, l'unico valore "assoluto" in un contesto informato al relativismo dei valori»³⁸.

In questo senso, anche nell'interpretare i limiti di ordine pubblico e di buon costume contenuti nell'articolo 6 della Direttiva si fa sempre più frequente ricorso al principio di dignità, quale principio fondamentale al quale devono orientarsi le attività in campo biogiuridico, e quale precetto in grado di svolgere un'importante funzione regolativa e di governo della complessità sociale, in una società secolarizzata³⁹.

Se, da un lato, la Direttiva lascia agli Stati Membri la regolamentazione della brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche, attraverso i limiti interni di ordine pubblico e di buon costume, dall'altro lato, essa rivolge ad essi una duplice precisazione da tener presente nella disciplina. In primo luogo, i limiti di ordine pubblico e di buon costume devono essere interpretati alla luce del principio della dignità umana; in secondo luogo lo sfruttamento di un'invenzione non può di per sé essere considerato contrario all'ordine pubblico o al buon costume per il solo fatto che è vietato da una disposizione legislativa o regolamentare.

Le disposizioni ora menzionate fanno ben comprendere un primo processo di trasformazione della funzione dei limiti di buon costume e di ordine pubblico; se l'elenco delle invenzioni in contrasto con l'ordine pubblico e con il buon costume di cui all'articolo 6 della Direttiva non è esaustivo, tutti i processi che costituiscono un'offesa alla dignità umana devono essere esclusi anch'essi dalla brevettabilità. Ciò significa che, seppur sottilmente, il contenuto delle tradizionali nozioni di ordine pubblico e di moralità subisce una trasformazione.

L'evoluzione subita dai principi generali, quali la morale e l'ordine

³⁷ G. RESTA, *La dignità*, in *Dalla bioetica al biodiritto*, in *Trattato di biodiritto*, I, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2010, pp. 260-261.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Cfr. in questo senso, il prezioso contributo di G. RESTA, *La dignità*, cit., pp. 260-261.

pubblico, e la trasformazione del loro ruolo, al servizio del principio di dignità, si è resa evidente, insieme alla confusione nell'applicazione di tali limiti da parte degli Stati Membri, nel caso C-377/98, Regno dei Paesi Bassi contro Parlamento europeo e Consiglio d'Europa, del 9 ottobre 2001.

Nel ricorso presentato dai Paesi Bassi (insieme all'Italia e alla Norvegia) si contestava la validità della Direttiva nella parte in cui essa dichiara brevettabili piante, animali e parti del corpo umano, in quanto per i ricorrenti, il diritto di brevetto nel campo della biotecnologia dovrebbe essere limitato al procedimento biotecnologico e non dovrebbe estendersi ai prodotti con esso ottenuti, quali le piante e gli animali in quanto tali, compresi piante ed animali geneticamente modificati, né dovrebbe estendersi al materiale biologico umano. I Paesi Bassi ricorrevano contro il Parlamento e il Consiglio, chiedendo l'annullamento della Direttiva, adducendo tra i motivi a sostegno del loro ricorso: la violazione da parte della Direttiva della dignità e dei diritti fondamentali, in quanto l'art. 5, n. 2 non garantirebbe il rispetto del diritto del donatore di esercitare un controllo sulla materia prelevatagli, né il diritto dei pazienti di acconsentire o meno alle cure; la violazione del principio della certezza del diritto, in quanto l'art. 6 della Direttiva non fornirebbe le indicazioni sufficienti per stabilire se sussista violazione dell'ordine pubblico o del buon costume, con l'inevitabile rischio di interpretazioni ed applicazioni difformi.

Come noto, la Corte di Giustizia ha rigettato il ricorso, escludendo la sussistenza di un conflitto con i principi fondamentali e con il principio di rispetto della dignità umana, e dichiarando inesistente la minaccia alla certezza del diritto.

Ai nostri fini, appare importante ripercorrere gli argomenti su cui la Corte ha fondato il rigetto del ricorso (sulla base della opinione resa dall'Avvocato generale Jacobs), per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, perché gli argomenti sottolineati dalla Corte testimoniano in modo esemplare l'emersione del principio di dignità, quale super principio entro cui collocare i contenuti dei più tradizionali limiti di ordine pubblico e buon costume degli Stati membri. In secondo luogo, perché questa vicenda rende evidenti le criticità inerenti al rischio di applicazioni difformi e al rischio di una politica di armonizzazione solo apparente, volta in realtà ad "imporre" i suoi *standard* morali sovrapponendoli a quelli degli Stati membri.

In merito al primo motivo di ricorso (violazione del divieto di com-

mercializzazione e di strumentalizzazione del materiale umano vivente), la Corte ha rilevato che il divieto di commercializzazione del corpo umano è finalizzato a garantire il rispetto della dignità umana e che il considerando n. 43 della Direttiva richiama la CEDU e le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, quali strumenti di garanzia del rispetto dei diritti umani fondamentali.

Tale motivo di ricorso è strettamente connesso al secondo, e cioè alla interpretazione dei limiti di ordine pubblico e buon costume fissati dalla Direttiva per escludere la brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche. Come affermato dalla Corte nella decisione in oggetto, anche la dottrina esperta della materia afferma «la non contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume dei trovati che risultano essere necessari a rimuovere gli ostacoli al perseguimento degli interessi costituzionalmente protetti», e la «necessità di non rilasciare il brevetto a quelle invenzioni biotecnologiche che, alterando il patrimonio genetico, possano recare danno all'integrità e alla dignità umana».

Anche rispetto al secondo motivo di ricorso, relativo alla violazione da parte della Direttiva della certezza del diritto a causa della formulazione generica dell'art. 6 sui limiti ordine pubblico e di buon costume, la Corte chiama in causa il principio di dignità.

Il dato è confermato dall'Avvocato generale Jacobs, il quale afferma che l'applicazione da parte delle autorità nazionali delle nozioni di ordine pubblico e buon costume sarà sempre soggetta al sindacato della Corte: gli Stati membri non fruiscono di un potere discrezionale illimitato nel determinarne l'ambito di applicazione. Come affermato dalla Corte nel caso C-377/98 «il potere discrezionale degli Stati membri di determinare gli imperativi della moralità pubblica in base alla propria scala di valori, così definito dalla Corte oltre 20 anni fa, ora va forse letto con una certa cautela. In questo settore, come in molti altri, gli *standard* comuni cambiano col tempo. Può darsi che la dimensione etica di alcuni degli elementi fondamentali oggetto della direttiva sia attualmente, più adeguatamente, considerata disciplinata da *standard* comuni», ma ci si chiede, allora, chi determina questi *standard* comuni, e quali margini di discrezionalità venga lasciata alle clausole generali vigenti negli Stati membri.

La risposta si può trovare nelle conclusioni dell'Avvocato generale il quale se riconosce da un lato che «il diritto alla dignità umana è probabilmente fra tutti il più fondamentale e attualmente trova espressione all'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il quale

dispone che la dignità umana è inviolabile e dev'essere rispettata e tutelata»; non considera tuttavia, come dichiarato dai ricorrenti, che la Direttiva abbia leso i diritti fondamentali. In conclusione, la Direttiva, disponendo che elementi isolati dal corpo umano sono brevettabili, non viola la dignità umana. I limiti di ordine pubblico e buon costume del diritto nazionale, non sono, in questo caso, applicabili alla brevettabilità della invenzione biotecnologica.

Come osservato in dottrina, la dignità umana diventa quindi il cardine attraverso cui leggere i limiti di ordine pubblico e di buon costume⁴⁰.

È interessante constatare che tutti i casi sottoposti alla Corte aventi ad oggetto l'esame degli aspetti morali in ordine alla brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche, su ricorsi di sistemi nazionali che ne lamentavano il contrasto con i principi morali nazionali, sono stati dichiarati dalla Commissione europea di bioetica "moralmente accettabili", e per nessuna di queste invenzioni si è negata la brevettabilità⁴¹.

Da questa breve ricostruzione, si rende evidente che è proprio il rispetto della dignità umana che costituisce il parametro in base al quale giudicare della liceità o meno di un'invenzione biotecnologica, ed è proprio il ricorso alla dignità umana che permette al legislatore europeo di considerare moralmente accettabile ciò che non è moralmente accettabile per uno Stato Membro.

5. L'enorme eco del valore della dignità nella società odierna ben si lega ad una nuova concezione – filantropica appunto – di ordine pubblico, che risulta effettivamente in grado di eclissare il "buon costume", facendolo scomparire dal diritto⁴². Il progressivo utilizzo del principio di dignità, da parte sua, acquista un rilievo normativo⁴³. Si è osservato

⁴⁰ G.A. CHIAVEGATTI e M. ZECCA, *Considerazioni introduttive in materia di brevettabilità*, in *Bioetica e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario*, a cura di N. Boschiero, Torino, 2006, p. 197.

⁴¹ Ad esempio, nel caso *Onco-mouse*, l'*European Patent Office*, ha sottolineato che il limite dell'ordine pubblico andrebbe interpretato restrittivamente e che dovrebbe operare solo nei casi estremi in cui l'invenzione da brevettare sia assolutamente incompatibile con valori fondamentali. Cfr. T 19/90-3.3.2, 3 ottobre 1990, in *Official Journal of European Patent Office*, 1990, p. 476 ss.

⁴² Cfr. D. FENOUILLET, *o.c.*, p. 490.

⁴³ Cfr., fra i molti, G. ALPA e G. RESTA, *Le persone fisiche e la famiglia*, in *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in R. SACCO (dir.), *Trattato di diritto civile*, I, Torino, 2006, p. 155; G. PIEPOLI, *o.c.*, pp. 45-67, p. 54.

in dottrina che gli argomenti interpretativi sui principi fondamentali acquistano sempre maggior importanza all'interno delle argomentazioni della Corte di Giustizia europea⁴⁴; a ciò corrisponde l'allontanamento dalle formulazioni tradizionali, legate ai contesti culturali degli Stati membri da un lato, ed il favore verso l'uso di nozioni legate innanzitutto a valori riconosciuti nelle Carte, nelle Costituzioni degli Stati, e nei Trattati, come è stato ben dimostrato dal costante ricorso alla nozione di dignità⁴⁵.

Sembra quindi che in nome della dignità sia più facile ed accettabile per il diritto introdurre limiti alla libertà del soggetto nella vita privata, riconoscendo in questo principio «l'unico valore “assoluto” in un contesto informato al relativismo dei valori»⁴⁶.

Il richiamo al principio di dignità è giustificato in dottrina da ragioni appartenenti a due ordini diversi. In primo luogo la dignità costituisce il valore fondamentale riconosciuto da tutte le società occidentali contemporanee, e da cui il diritto deve muovere, essendo la dignità un valore consacrato da diverse fonti di diritto interno e sovranazionale⁴⁷. In secondo luogo il valore della dignità si presta ad essere di facile traduzione giuridica in una pluralità di regole tecniche e di istituti⁴⁸, esplicando i suoi effetti in maniera «più “legittima”, più “ragionata”, più “concreta” e meno “meccanica”» rispetto al rinvio ai buoni costumi⁴⁹.

In ultimo, non si può trascurare il dato che il richiamo alla dignità costituisce una risposta alla difficoltà di riconoscere, di fronte al pluralismo sociale, il costume di una collettività avente basi omogenee e rap-

⁴⁴ E. PAUNIO, *Legal certainty in multilingual Eu law*, Farnham, 2013, p. 30.

⁴⁵ Cfr. l'art. 1 *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *J.O. C* 83, 30.3.2010, pp. 389-403.

⁴⁶ G. RESTA, *Dignità*, in *Trattato di biodiritto*, I, *Ambito e fonti del biodiritto*, cit., p. 261; nello stesso senso cfr. D. FENOUILLET, *o.c.*, p. 491. Per approfondimenti sul valore relazionale e sociale di dignità cfr. G. ALPA e G. RESTA, *o.c.*, p. 186; M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, pp. 1595-1637.

⁴⁷ Nel diritto comunitario, l'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea afferma l'invulnerabilità della dignità umana.

⁴⁸ D. FENOUILLET, *o.c.*, p. 513.

⁴⁹ Significativamente, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da Philippe Malaurie e da Laurent Aynès il § 251, dedicato alle *bonnes mœurs* è intitolato: *De la morale sexuelle à la dignité de la personne*, cfr. PH. MALAURIE e L. AYNES, *Cours de droit civil, Obligations, contrats et quasi contrats*, II, 11^a ed., Paris, 2001-2002, p. 151.

presenta il passaggio dai costumi, intesi come il prodotto della società, ai valori dell'individuo. In questa luce, i limiti alla libertà non appaiono più come repressivi, ma "filantropici".

Se dal punto di vista morale il valore della dignità si traduce nel principio di autonomia, sotto il profilo giuridico il rinvio alla dignità implica il primato delle libertà individuali rispetto a qualsiasi forma di paternalismo statale ispirato all'etica dei doveri⁵⁰. D'altra parte, in dottrina si è rilevato come coesistano con riferimento alla dignità una accezione positiva (di tutela dell'autonomia del soggetto, di *empowerment*) e un'accezione negativa, quale limite (*constraint*) della libertà individuale, nella sua funzione di principio regolatore della efficacia dei contratti⁵¹.

Che l'invocazione del principio di dignità si presti ad utilizzazioni divergenti è evidente. La dignità è stata invocata a tutela dell'autodeterminazione del paziente nelle scelte di fine vita e, in particolare, nel merito della ammissibilità o meno della interruzione delle cure di sostentamento⁵². In Germania, la Corte di Cassazione ha richiamato il principio di dignità⁵³ e il diritto alla libera esplicazione della personalità⁵⁴ per giustificare il diritto d'interruzione delle cure, in una lettura che appare senz'altro più coerente con un modello di tutela della personalità incentrato sul principio di autodeterminazione (*selbst-Bestimmung*)⁵⁵. In Francia il Consiglio costituzionale è ricorso alla dignità per legalizzare l'interruzione volontaria della gravidanza⁵⁶, e la Corte di Cassazione ha legittimato il risarcimento dei danni per "*wrongful life*"⁵⁷ invocando la

⁵⁰ Cfr. D. CANALE, C. FLAMIGNI, C. MAZZONI e P. ZATTI, in *Trattato di biodiritto*, VII, 2, *Il governo del corpo*, a cura di S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, p. 1267 ss.

⁵¹ Si interroga sul punto P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il principio di dignità della persona umana nella società globalizzata*, *DD*, 2004, pp. 195-211, p. 201.

⁵² Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Prestazione (negoziabilità della)*, cit., pp. 1-18; A. NICOLUSSI, *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir.*, Milano, 2011, pp. 133-152; G. ANZANI, *Gli «atti di disposizione della persona» nel prisma dell'identità personale (tra regole e principi)*, *NGCC*, 2009, II, pp. 1-16; ID., *Identità personale e atti di disposizione della persona*, *NGCC*, 2008, II, pp. 207-221.

⁵³ Cfr. art. 1 GG.

⁵⁴ Cfr. art. 2 GG.

⁵⁵ Sul punto cfr. il commento di Giorgio Resta in merito alla decisione della Corte di Cassazione tedesca, 25-6-2010, G. RESTA, *Dignità e autodeterminazione nelle scelte di fine vita: il Bundesgerichtshof espande la frontiera dei diritti fondamentali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 4, 2010, pp. 566-573.

⁵⁶ Cfr. *Conseil constitutionnel*, Décision n. 2001-446 DC, 27-6-2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*.

⁵⁷ Cfr. *Cour de Cassation*, Ass. Plén., 17-11-2000, *Bull. Civ.*, 2000, n. 9, p. 15.

dignità; il nuovo Codice penale riconnette il divieto del contratto di prossenetico matrimoniale alla dignità. Tuttavia, in senso opposto, alla dignità e alla sua inerenza con la clausola dell'ordine pubblico è ricorso il Consiglio di Stato francese, nella controversia relativa al "lancio dei nani"⁵⁸; la giurisprudenza tedesca ha proposto una lettura dei *Gute Sitten* informata dal principio della dignità umana per vietare un genere di spettacoli erotici conosciuti come Peep show⁵⁹.

Non si può nascondere che il richiamo al nuovo ordine pubblico e al principio di dignità suscita alcune perplessità connesse alla evidente possibilità di letture del concetto di dignità contrastanti fra loro. Il contenuto della nozione di dignità è ancora largamente da definire e la possibilità di applicazioni ambigue e contraddittorie da parte della giurisprudenza – a seconda che si intenda la dignità come valore individuale o come valore sociale, come limite (*constraint*) o come garanzia (*empowerment*) dell'autonomia privata – è un rischio denunciato da buona parte della dottrina⁶⁰. Alla luce di queste considerazioni, si è auspicato

⁵⁸ Cfr. *Conseil d'État*, Ass., 27-10-1995, Ville d'Aix-en Provence, *D.*, 1996, Jur., p. 177, con nota di G. LEBRETON. Il Ministro degli Interni francese con una circolare del 27-11-1991 proibiva l'organizzazione di spettacoli di lancio di nani. Dal testo della circolare appare la concezione "inglobante" di immoralità, nella quale si comprende anche la violazione della dignità umana. In merito al concetto di dignità si vedano anche RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti alla dignità (nota a margine della Carta dei diritti)*, *RDC*, 2002, II, pp. 801-848; MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana*, cit., 1595-1637; M. FABRE MAGNAN, *La dignité en droit, un axiome*, in *Révue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2007/1, 58, pp. 1-30.

⁵⁹ Cfr., BVerwG, 15-12-1981, *NJW*, 1982, 664; BVerwG, 30-1-1990, *Juristenzeitung*, 1990, 382, Decisione del Tribunale amministrativo federale del 30-1-1990 (1 C 26.87), in cui si dichiara l'incompatibilità degli spettacoli di Peep show con i principi della morale (*gute Sitten*), alla stregua non di una qualsiasi violazione della dignità umana, ma con riferimento ai valori sociali ed etici della comunità, cfr. anche la Sentenza della Corte federale sociale 10 agosto 2000, B 12 KR 21/98 (servizi on line di chat erotiche) *Bundessozialgericht Urteil vom 10.08.2000 B 12 KR 21/98 R Sozialversicherungspflicht für das Führen von Online-Sex-Dialogen*, *JurPC Web doc*, 199/2000, pp. 1-37, richiamate da G. RESTA, *La disponibilità dei diritti*, cit., p. 831 e da M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana*, cit., pp. 1596-1637.

⁶⁰ Sulla natura polisemica del concetto di dignità cfr., tra gli altri, G. PIEPOLI, *op. cit.*, pp. 45-68; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il principio di dignità della persona umana nella società globalizzata*, *DD*, 2004, pp. 195-212, p. 202; ID., *Prestazione (negoziabilità della)*, cit., pp. 1-18; A. NICOLUSSI, *Autonomia privata e diritti della persona*, cit., 133-152, 137; V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano di azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, pp. 489-511, p. 484; VETTORI, *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, p. 29 ss.; M.R. MARELLA,

che la dignità umana non perda la consistenza di valore universale e non sia confinata a giocare il ruolo di variabile dipendente dell'autodeterminazione soggettiva⁶¹.

La dissoluzione della nozione del buon costume nel principio di dignità porta i giuristi a riflettere su due passaggi avvenuti uno di seguito all'altro. Dapprima si è assistito al passaggio dalle clausole generali che rinviano a un contesto sociale e pregiudiziale a clausole generali che si collocano all'interno dell'ordinamento giuridico statale (come l'ordine pubblico riferito ai principi costituzionali) ed in seguito al passaggio a principi, quale quello della dignità, posto alla base delle costituzioni degli Stati e delle Carte dei diritti fondamentali internazionali ed europee⁶². Nel panorama attuale, il valore della dignità è impiegato nella sua duplice dimensione, quella di libertà positiva e di libertà negativa. Se, da un lato, non si può nascondere qualche perplessità sul piano della certezza del diritto, in quanto – così come per il buon costume e l'ordine pubblico – anche la dignità si può prestare a molte e (come illustrato) contrastanti letture e al rischio di limitare in modo arbitrario e non facilmente prevedibile l'autonomia dei privati; dall'altro, il rinvio alla dignità “sembra essere l'approccio più equilibrato”, soprattutto nelle tematiche bioetiche e nel pluralismo sociale contemporaneo, «in quanto

The old and the new limits of the freedom of contract in Europe, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2, 2006, pp. 257-274. Sulla dicotomia tra dignità come “constraint” e dignità come “empowerment”, e sulla contrapposizione fra il principio di dignità sociale e quello di dignità umana si vedano, tra gli altri, FRANCESCA BENATTI, *Etica, impresa, contratto e mercato. L'esperienza dei codici etici*, Bologna, 2014; RESTA, *La dignità*, in *Trattato di biodiritto*, cit.; M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana*, cit., pp. 1596-1637; G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali*, cit., pp. 801-848; ID., *I diritti della personalità*, in G. ALPA e G. RESTA, o.c., 2006.

⁶¹ In questo senso cfr. A. NICOLUSSI, *Autonomia privata e diritti della persona*, cit., pp. 133-152, 146: «Ferma la storicità del modo di intendere i valori e quindi una certa elasticità che esso comporta, il principio di dignità esigerebbe un nucleo essenziale o minimo universalizzabile, intersoggettivamente concordato, in relazione al quale possa condursi il discorso giuridico. Ciò potrebbe essere il risultato della elaborazione da parte della dottrina di un sistema di regole di collisione ricavate dall'analisi del vaglio critico delle decisioni giurisprudenziali».

⁶² Sul processo di giuridificazione della dignità umana cfr. M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana*, cit., pp. 1595-1637; cfr. anche C. GIRARD e S. HENNETTE-VAUCHEZ, *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, Paris, 2005; G. RESTA, *La dignità*, cit., p. 259 ss.; M. FABRE MAGNAN, o.c., pp. 1-30.

concilia il rispetto astratto dell'autonomia con l'attenzione per le dinamiche reali nelle quali tale autonomia è destinata ad esercitarsi»⁶³.

Abstract

Il rinvio del diritto a principi extralegali appare ormai come problematico negli attuali sistemi giuridici occidentali.

Ci si propone in questo articolo di descrivere il processo di eliminazione del contenuto "autonomo" della clausola del buon costume e la sua incorporazione nella clausola di ordine pubblico o nel rinvio al principio di dignità e ai principi fondamentali.

In particolare, si intende sottolineare il mutamento della funzione delle clausole generali come strumento nelle mani dell'interprete. Anche sul fronte europeo, si assiste, proprio con riguardo alle clausole generali di ordine pubblico e buon costume, ad un fenomeno di "armonizzazione" del contenuto delle due clausole attraverso il crescente richiamo al principio di dignità, creando non pochi problemi di applicazione da parte degli Stati Membri, dotati di autonome nozioni di "ordine pubblico" e di «buon costume». Il tema è particolarmente sentito con riguardo alla problematica rilevanza dell'autonomia privata nelle questioni poste dalle biotecnologie, e ripropone l'eterno dilemma intorno alle clausole generali, in sospenso tra due opposte esigenze: l'apertura ai valori da un lato, e la certezza del diritto dall'altro.

Law alone cannot predict everything, so it is of extreme importance to look beyond and use general principles that refer, for example, to morality or common sense. However, in contemporary western legal systems, recourse to the open clauses seems to be going through a crisis.

This article will analyse the transformation of the content and the role of extra legal principles in contemporary, secularized and pluralist society. The prevalence accorded to the principle of self-determination, along with the affirmation of a pluralism of values, has literally eroded the "extra-legal" value of morality. The paper will describe the erosion of the «autonomous» content of extra-legal principles and the broad recourse to the principle of dignity, which is more neutral. Nowadays, general principles draw their content from positive law, through reference to the principle of public order initially and reference to the principle of dignity as a constitutional value. Common moral standards therefore seem to be represented by rules and principles formulated by the legal system in their codes and Constitutions.

⁶³ G. RESTA, *La dignità*, cit., p. 291.

Faced with growing ethical pluralism, problems linked to the limits of private autonomy assume a certain dimension in the European context. The risk of different applications by Member States is obvious, in particular, in the field of bio-law, which opens one more time the eternal dilemma on the role of *extra* legal principles, always suspended between two opposing needs: the opening up to values on one hand, and the certainty of law on the other.