

Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Torino, *nuova serie* 26

741400114



Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Torino

GIULIA TERLIZZI

Dal buon costume alla dignità della persona

Percorsi di una clausola generale



G. TERLIZZI Dal buon costume alla dignità della persona

Questo volume, sprovvisto del taloncino a fronte, è da considerarsi copia saggio gratuito esente da IVA (art. 2, c. 3, lett. d, DPR 633/1972)

€ 18,00



26



Edizioni Scientifiche Italiane



GIULIA TERLIZZI
Dal buon costume alla
dignità della persona

ESI



Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Torino

nuova serie

26

GIULIA TERLIZZI

DAL BUON COSTUME
ALLA DIGNITÀ
DELLA PERSONA
PERCORSI
DI UNA CLAUSOLA GENERALE



Edizioni Scientifiche Italiane

La presente pubblicazione è frutto della ricerca svolta nell'ambito del Progetto di Ateneo 2011 dal titolo: «*The Making of a New European Legal Culture. Prevalence of a single model, or cross-fertilisation of national legal traditions?*». Coordinatore scientifico Prof. Michele Graziadei. Il progetto è finanziato dalla Compagnia di San Paolo.

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato sottoposto alla valutazione di un Comitato scientifico formato da qualificati rappresentanti delle discipline corrispondenti o affini a quelle oggetto del lavoro, il quale ne ha approvato la pubblicazione all'esito di una procedura che garantisce trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato del Revisore e dell'Autore.

TERLIZZI, Giulia

Dal buon costume alla dignità della persona.

Percorsi di una clausola generale

Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino
nuova serie, 26

Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013

pp. XII+164; 24 cm

ISBN 978-88-495-2779-7

© 2013 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.

80121 Napoli, via Chiatamone 7

00185 Roma, via dei Taurini 27

Internet: www.edizioniesi.it

E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

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, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Indice

<i>Premessa</i>	IX
<i>Ringraziamenti</i>	XI

PARTE I

La nozione tradizionale di buon costume. Dalle codificazioni ottocentesche alla prima metà del XX secolo

CAPITOLO I – *La clausola del buon costume nel Codice civile francese*

1. La nozione di <i>bonnes moeurs</i> nella dottrina precedente alla codificazione	3
2. I buoni costumi salvaguardano la morale. Il recepimento delle <i>bonnes moeurs</i> nei <i>Travaux de codification</i> del Code Napoléon	6
3. « <i>Les bonnes moeurs sont une dépendence de l'ordre public</i> ». Le critiche alla nozione del buon costume	9
4. I primi orientamenti sulla nozione di <i>bonnes moeurs</i>	14
5. L'evoluzione della nozione di <i>bonnes moeurs</i> negli Esegeti di fine secolo	16
6. Le <i>bonnes moeurs</i> nella teoria sociologica di Demogue	23
7. Le <i>bonnes moeurs</i> nella teoria idealista di George Ripert	27

CAPITOLO II – *La clausola del buon costume nella dottrina italiana*

1. La ricezione della nozione del buon costume nel Codice civile del 1865	33
2. L'esperienza tedesca e la sua influenza sulla dottrina italiana	37
3. Il buon costume nella teoria sociologica di Francesco Ferrara	40
4. Una voce fuori dal coro: la concezione del buon costume in Alberto Trabucchi	46

CAPITOLO III – *Le bonnes moeurs nel diritto civile del Québec*

1. «Il nostro diritto ha le stesse origini del diritto francese, e proviene dalle stesse fonti»: dalle *Coutumes* alla codificazione nella Provincia del Québec 51
2. Le *bonnes moeurs* e l'*ordre public* nel diritto del Québec precedente alla riforma 59
3. «*Good morals, in this Province are christian morals*». L'influenza della morale cristiana nella dottrina e nella giurisprudenza del Québec 62

PARTE II

L'erosione delle *bonnes moeurs*
nel diritto civile contemporaneo

CAPITOLO I – *L'erosione delle bonnes moeurs in Francia e la loro inclusione nella nozione di ordine pubblico*

1. Sradicati i buoni costumi, l'ordine pubblico trionfa 71
2. Le *bonnes moeurs* condannate dalla libertà 76
3. Dall'ordine pubblico classico all'ordine pubblico economico, politico, morale 78
4. «I buoni costumi sono morti! Viva l'ordine pubblico filantropico!» 81

CAPITOLO II – *Il processo di assimilazione del buon costume all'ordine pubblico in Italia*

1. L'ordine pubblico multiforme 85
2. La «giuridicizzazione» della clausola del buon costume 91
3. Le reazioni alla «giuridicizzazione» della clausola del buon costume 97

CAPITOLO III – *L'eliminazione delle bonnes moeurs dal Codice civile del Québec*

1. La riforma del Codice civile canadese: storia di un processo di «secolarizzazione» del diritto 103
2. Le *bonnes moeurs englobés dans l'ordre public*. L'eliminazione delle *bonnes moeurs* dal Codice civile del Québec 106
3. Cosa è cambiato? 109

CAPITOLO IV – *La disciplina della ripetizione dell'indebito in caso di pagamento ob turpem causam di fronte alla crisi del buon costume*

1. Premessa 115

<i>Indice</i>	VII
2. La ricezione della regola <i>Nemo auditur</i> nell'ordinamento francese	116
3. Gli incerti confini della regola dell'irripetibilità nel diritto italiano	124
4. La regola della irripetibilità in seguito all'eliminazione della clausola del buon costume dal Codice civile del Québec	135
5. Le sorti della regola « <i>In pari causa turpitudinis</i> » di fronte alla crisi della clausola del buon costume	139
<i>Conclusioni</i>	143
<i>Bibliografia</i>	147

Premessa

Il presente volume racconta il fenomeno di erosione che, da alcuni decenni, sta coinvolgendo la clausola del buon costume all'interno del diritto contrattuale.

A partire dal suo inserimento nel codice civile francese del 1804, la clausola ha nel tempo subito un'evoluzione che da un lato ne ha ridotto l'ambito dell'applicazione, dall'altro ha segnato un sostanziale appiattimento sulla clausola dell'ordine pubblico. Oggi sembra che essa sia destinata ad essere assorbita nel principio di dignità della persona.

Ci si è concentrati su quegli ordinamenti che utilizzano, nella costruzione della disciplina della illiceità contrattuale, il triplice limite: norme imperative, ordine pubblico e buon costume.

Nella prima parte del volume si presenta una ricostruzione dell'evoluzione storica della clausola del buon costume nel diritto civile della Francia, dell'Italia e del Québec, a partire dal periodo della codificazione, fino alla prima metà del 'Novecento.

Seppur sinteticamente, si identificheranno le radici della clausola del buon costume, da un lato nel pensiero giusnaturalistico, dall'altro nella tradizione cristiana. Si racconterà tuttavia come questa originaria matrice deontologica del buon costume ha nel tempo subito la concorrenza di una diversa lettura in chiave sociologica/fattuale. I buoni costumi perdono il loro carattere di absolutezza, e sono descritti come un dato eminentemente relativo, mutevole nel tempo e nello spazio. L'individuazione del buon costume, quindi, non sarà più da ricercare in una sfera ideale, in una teoria filosofica, in una sfera trascendente, ma nella prassi, nella realtà dei fatti, nei costumi accolti e praticati dalla compagine sociale.

Nella seconda parte del volume si descrive il processo di erosione del contenuto della clausola del buon costume, e la sua pressoché totale incorporazione in quella di ordine pubblico. Si potrà constatare come sia nella dottrina che nella giurisprudenza si utilizzano le due formule come espressione di un concetto unitario.

Tale fenomeno, si pone in stretta connessione con il crescente riconoscimento del principio di libertà e di autodeterminazione del singolo, che mal si concilia con il limite imposto dal diritto attraverso la clausola del buon costume. In questa prospettiva, l'ordine pubblico, tradizionalmente inteso, subirà una notevole espansione, e andrà a coprire ambiti di applicazione precedentemente ignoti come, ad esempio, quello della tutela dei valori fondamentali della persona. In Italia e in Francia, l'esito di questo percorso sembra rappresentato da una nuova lettura, cosiddetta «giuridicizzata» del buon costume, che ne ricava il contenuto dal diritto positivo, ed in particolare dal richiamo al principio di dignità e ai valori costituzionali; in Québec, invece, l'intervento è stato più radicale; il legislatore del Québec ha eliminato il riferimento alle *bonnes moeurs* nel Codice civile, mantenendo la sola clausola dell'ordine pubblico.

La riflessione si articola tenendo presente, sullo sfondo, una pluralità di fattori che, in modo più o meno diretto, sono coinvolti nel percorso evolutivo della clausola del buon costume. Fra questi, vi sono sicuramente gli interrogativi posti dal pluralismo sociale nella ricostruzione del rapporto tra diritto e morale, che è alla base del rinvio contenuto nella clausola del buon costume, e la connessa difficoltà per il diritto di riconoscere una morale sociale omogenea; ma anche l'esigenza di rifuggire da una eccessiva discrezionalità del giudice. Tali difficoltà hanno portato, infatti, il diritto a ripensare il suo ruolo, e a misurare con pesi (e valori) diversi la sua incisività nella sfera dell'autonomia privata.

Nell'ultimo capitolo ci si interroga sugli effetti che tale erosione provoca sulla *ratio* e sull'applicazione del principio proveniente dal diritto romano «*in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*», per cui chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume non può ripetere quanto ha pagato. Si osserverà, attraverso la ricognizione diacronica delle principali applicazioni giurisprudenziali della regola «*in pari causa*», l'impatto dell'evoluzione della nozione di buon costume su questo specifico problema, di fronte alla impossibilità da parte della giurisprudenza di tracciare una linea di demarcazione netta tra contrarietà al buon costume e contrarietà all'ordine pubblico, e di distinguere quindi fra contratti semplicemente illeciti e contratti immorali. Anche da questo punto di vista, si prenderanno in considerazione le soluzioni ed i percorsi intrapresi dai diversi ordinamenti coinvolti in questo studio.

Ringraziamenti

Desidero ringraziare innanzitutto il prof. Raffaele Caterina che, con estrema pazienza e con grande passione scientifica, ha seguito – correggendomi e guidandomi – ogni passo di questo lavoro. Ringrazio i professori Domenico Francavilla, Michele Graziadei e Rodolfo Sacco, per il tempo che hanno generosamente speso nel leggere il volume e per i suggerimenti che mi hanno offerto.

Ringrazio il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino per aver accolto il libro all'interno di questa Collana.

Un particolare e sentito debito di gratitudine è rivolto al Prof. Paul André Crepeau, scomparso nel luglio del 2011, allora direttore del *Centre for private and comparative law* presso l'Università McGill di Montréal, in Québec. Durante il mio periodo di ricerca in Québec ho avuto l'onore di dialogare a lungo col Professor Crepeau, di registrare le impressioni e le esperienze, da lui direttamente vissute, in merito ai cambiamenti subiti dal diritto civile del Québec attraverso la riforma del Codice civile. Agli spunti nati da questi piacevoli e appassionanti incontri devo gran parte delle riflessioni sui capitoli dedicati all'esperienza québecchese.

Vorrei infine ringraziare alcuni amici e colleghi che sono stati, a diversi livelli, coinvolti nella preparazione del libro. In particolare, coloro che hanno con pazienza e disponibilità riletto alcune parti del libro, suggerendomi miglioramenti; coloro coi quali ho condiviso preziosi momenti di dialogo e di discussione, e coloro che, fino all'ultimo momento, hanno contribuito con piccoli e grandi aiuti al completamento di questo lavoro.

PARTE I

La nozione tradizionale di buon costume.
Dalle codificazioni ottocentesche
alla prima metà del XX secolo

CAPITOLO I

La clausola del buon costume nel Codice civile francese

SOMMARIO: 1. La nozione di *bonnes moeurs* nella dottrina precedente alla codificazione. – 2. I buoni costumi salvaguardano la morale. Il recepimento delle *bonnes moeurs* nei *Travaux de codification* del Code Napoléon. – 3. «*Les bonnes moeurs sont une dépendance de l'ordre public*». Le critiche alla nozione del buon costume. – 4. I primi orientamenti sulla nozione di *bonnes moeurs*. – 5. L'evoluzione della nozione di *bonnes moeurs* negli Esegeti di fine secolo. – 6. Le *bonnes moeurs* nella teoria sociologica di Demogue. – 7. Le *bonnes moeurs* nella teoria idealista di George Ripert.

1. *La nozione di bonnes moeurs nella dottrina pre-codificazione*

La nozione di *bonnes moeurs* non costituì una novità introdotta dai redattori del Codice civile francese. A differenza dell'*ordre public*, la cui formulazione è senz'altro attribuibile ai Lavori di Codificazione del 1793¹, le *bonnes moeurs* furono recepite come bagaglio di una tradizione giuridica precedente, che i redattori del Codice intendevano, senza dubbio, preservare. Il limite imposto dal buon costume era, infatti, vivo e ben radicato nell'opinione comune francese del periodo illuminista, ed era univocamente raffigurato, sia nella letteratura tecnica che in quella divulgativa, come elemento centrale del sistema contrattuale. Non solo: va anche sottolineato che nella dottrina del XVIII secolo, le *bonnes moeurs* erano considerate uno strumento giuridico adeguato per il mantenimento dell'etica sociale – allora fortemente influenzata dalla eco del rigorismo giansenista – sulla cui necessità convenivano gli autori classici.

È sufficiente sfogliare alcuni dei più noti Trattati e Dizionari giuridici del tempo², per rendersi conto della importanza del buon co-

¹ Va osservato in proposito che prima dell'emanazione del *Code Civil*, se mai si parlava di «*droit public*»; cfr. ALLAND-RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003

² DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, T. I, Paris, Brunet, 1769, T. I, 367 e ss.

stume nella vita giuridica. Nelle *Istituzioni di diritto francese*, del 1746, Argou illustra la disciplina dei limiti all'autonomia contrattuale in questi termini: «Le parti possono porre nei contratti tutte le clausole e tutte le condizioni che credono buone, a meno che esse non siano contrarie alle leggi, o contrarie al buon costume»³. Nel famoso repertorio di Denisart⁴, il buon costume è definito come «la condotta basata sulla conoscenza e sull'amore della virtù. Bisogna conoscere la virtù, amarla e metterla in pratica; quando la si ama, la si pratica infallibilmente»⁵. In questo passo, emerge limpidamente il legame tra il diritto e la morale, proprio attraverso la nozione di buon costume, diretta a guidare la condotta del singolo alla virtù. La vicinanza tra la concezione di *bonnes moeurs*, enunciata nei dizionari di diritto civile, e quella di *moeurs*, contenuta nel *Dictionnaire de Droit Canonique* del 1776, è rivelatrice dell'influsso che ebbe il diritto canonico sul contenuto, ma soprattutto sulla funzione affidata al buon costume: condurre l'uomo ad agire secondo i principi della natura, della giustizia e dell'equità. Nel dizionario di diritto canonico, i costumi (*les moeurs*) sono definiti come «*façon de vivre bonne ou mauvaise. La morale chrétienne n'est autre chose que ce corps de préceptes que prescrit la religion, & qui servent a diriger les actions des hommes conformément aux principes naturels de justice & d'équité*»⁶.

Il riferimento al buon costume è presente anche in opere rivolte ad un pubblico più vasto. Nella grande *Encyclopédie* di Diderot e d'Alembert alla voce *convention* si legge: «*il est permis d'insérer dans le conventions toutes sortes de clauses et de conditions pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux lois et aux bonnes mœurs*»⁷.

³ ARGOU, *Institutions au droit français*, T. II, livre III, *Des Obligations*, Chap. XXXV, *Des clauses & conditions des Contrats*, 9 ed., Paris, Boucher d'Argis, 1746, 337-338: «*On ne peut dans tous les contrats inserer des clauses qui ne sont point de la nature du contrat. Comme il est permis aux parties de mettre dans les contrats toutes les clauses & toutes les conditions que bon leur semble, à moins qu'elles ne soient contre les loix, ou contre les bonnes moeurs, il est impossible de spécifier toutes ces clauses & conditions, ni même de les réduire à de certaines especes. Tout ce qu'on peut faire, c'est d'en donner quelques exemples dans différents contrats; & cela suffira sans doute pour en donner l'idée que l'on doit en avoir*».

⁴ DENISART, *Collection de Décision nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, Desaint, 1806, 412: «*Tous les contrats qui contiennent des conventions contraires aux bonnes moeurs, sont absolument nuls, & doivent être inefficaces*».

⁵ *Ibidem*.

⁶ DURAND DE MAILLANE, *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale*, voce «*mœurs*», T. IV, 3 ed., Lyon, Duplain, 62, 1776.

⁷ DIDEROT e D'ALEMBERT, *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences des arts et des metiers*, Paris, Briasson, 1754, T. IV, voce: *Conventions*, 163.

L'apporto decisivo al contenuto della nozione di buon costume, ed anche alla sua particolare connotazione morale ed extragiuridica, ontologicamente estranea al diritto civile positivo, proviene dai Trattati di Domat e di Pothier.

Naturalmente non mancano, sul tema, i richiami al diritto romano, e alla sua condanna dei patti e delle condizioni contrari ai *boni mores*. Non bisogna pensare, però, ad un legame troppo diretto.

Da un lato, come è noto, la causa, intesa nel senso moderno, non era nel diritto romano elemento essenziale del negozio, e dunque anche la sua illiceità dava luogo semplicemente alla concessione al debitore che avesse pagato *ob iniustam vel turpem causam* di una *condictio*. È proprio Domat che, innovando la tradizione giuridica precedente, formula attraverso gli elementi del diritto romano una nuova teoria della causa, «trasferendo la causa da elemento postumo dell'efficacia dell'atto, a elemento di contenuto dell'atto, come fattore per l'esistenza del contratto stesso»⁸.

D'altra parte, le *bonnes moeurs*, e il loro ruolo, vengono esplicitamente ricollegate al diritto naturale. Ciò è particolarmente chiaro in Jean Domat che, nel suo *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, nella sezione dedicata (non a caso) ai «contratti illeciti e disonesti», afferma che poiché vi sono due tipi di leggi, quelle che sono di diritto naturale e quelle che sono di diritto positivo, vi sono anche due tipi di contratti illeciti, quelli che violano il diritto naturale e i buoni costumi, e quelli che violano il diritto positivo⁹. Per Domat, lo schema della illiceità contrattuale è dunque costruito sulla base della bipartizione: contrarietà alle norme del diritto positivo e contrarietà alle norme del diritto naturale, ovverosia le *bonnes moeurs*. Il diritto naturale e i buoni costumi sono sostanzialmente identificati.

Si è scritto giustamente che le *bonnes moeurs* del diritto francese sono «espressione di un ordine trascendente»¹⁰, molto diverse dai *boni mores* del diritto romano.

⁸ FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, SEI, Milano, 1914, 72.

⁹ DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Livre I, Titre XVIII, section IV, *Des conventions illicites et malbonnêtes*, Paris 1776, 145 e ss: «*Les conventions illicites sont celles qui blessent les loix. Et comme il y a deux sortes de loix, celles qui sont du droit naturel, et celles qui sont du droit positif, il y a aussi deux sortes de conventions illicites; celles qui blessent le droit naturel et les bonnes moeurs, et celles qui sont contraires au droit positif. Ainsi il est contre le droit naturel et les bonnes moeurs de traiter pour commettre un vol, ou un assassinat, et ces sortes de conventions sont d'elles-mêmes criminelles, et toujours nulles*».

¹⁰ PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, Jovene, 1973, 36.

2. *I buoni costumi salvaguardano la morale. Il recepimento delle bonnes moeurs nei Travaux de codification del Code Napoléon*

Se, da una parte, erano giunte, anche all'interno dei dibattiti che animavano i lavori di codificazione, le istanze di riforma rivoluzionarie, che spingevano verso un'impostazione liberale di tutto l'impianto del diritto privato, ed in particolare verso il riconoscimento del diritto di proprietà e della libertà contrattuale; d'altra parte era chiara l'intenzione di mantenere un argine, altrettanto esplicito, all'autonomia privata, proprio attraverso il richiamo al buon costume¹¹.

Questo impeto di cambiamento, accompagnato dal continuo riferimento ai principi della dottrina classica, rappresenta il *leitmotiv* dei dibattiti e dei discorsi svolti nel corso dell'elaborazione dei diversi progetti di Codice che si sono succeduti a partire dal 1793. Particolarmente rivelatore dell'impronta classica è, in tal senso, il discorso pronunciato dal console Cambacérès in occasione del secondo Progetto del Codice, nel quale riaffiora quella eco giansenista che vede la morale come inscindibile dal diritto: «*le Code civil établissait l'ordre moral (...) les lois sont la semence des moeurs*»¹². In un successivo intervento, in occasione della presentazione del terzo progetto del Codice civile, lo stesso Cambacérès si mostra incline a preservare l'eredità giuridica della dottrina classica, come ben testimonia un passaggio di questo discorso in cui – riferendosi esplicitamente a Pothier – valorizza la volontà delle parti quale legge fondamentale e primaria del diritto contrattuale, puntualizzando però immediatamente che «*cette liberté s'arrête aussitôt que l'ordre public et l'ordre moral peuvent avoir à en souffrir*»¹³.

¹¹ È interessante notare che l'attuazione di una nuova struttura dell'ordinamento statale promossa dal *Code civil* e basata sui diritti alla libertà personale e alla proprietà è filtrata dalle idee del giusnaturalismo di Domat e Pothier. Si veda sul punto, RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1955, 161: «*Les rédacteurs du Code civil ont usé du procédé en invoquant les principes du droit naturel pour justifier une organisation juridique nouvelle, qui, il est vrai, restait malgré sa laïcisation imprégnée de la morale chrétienne*». Sulla influenza del giusnaturalismo laico tipico dell'illuminismo in cui coesistono metafisica e razionalismo, si veda CASSIRER, *La filosofia dell'Illuminismo*, trad. it., Firenze, La Nuova Italia, 1935, 325 e ss., 346-347.

¹² CAMBACÉRÈS, *Rapport à la Convention nationale sur le deuxième projet de Code civil*, séance du 23 fructidor an 2-9 septembre 1794, in FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil, suivi d'une édition de ce code*, T. I, Paris, 1827, 108.

¹³ CAMBACÉRÈS, *Discours préliminaire prononcé par Cambacérès au Conseil des Cinq Cents lors de la présentation du troisième projet de Code civil, faite au nom de la Commission de la classification des lois*, An IV messidor, in FENET, *Recueil*

Nella stessa scia è l'opinione di Portalis. Nel Discorso Preliminare di presentazione del progetto di Codice Civile, egli si schiera manifestamente a favore di un modello di Codice conservatore, garante del patrimonio giuridico del diritto classico: «*en parlant des contrats, nous avons d'abord développé les principes de droit naturel qui sont applicables à tous (...). La liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes moeurs, par l'utilité publique*»¹⁴. È interessante notare che in questo passaggio Portalis mette in rilievo la bipartizione fra buon costume e utilità pubblica, suggerendo così la solidificazione di due limiti diversi, risalenti a due ambiti diversi: la sfera morale e la sfera pubblica.

Nelle valutazioni rese dai diversi tribunali, incaricati di esaminare il Progetto del Codice¹⁵, e nelle opinioni di una parte dei membri del Tribunato, è evidente un certo conservatorismo¹⁶ che si oppone a mutamenti radicali e che mira al mantenimento di un ordine sociale basato sul rispetto della tradizione, della famiglia e della religione¹⁷.

La concezione di fondo del codice civile resta dunque romanistica,

complet des travaux préparatoires du Code Civil, suivi d'une édition de ce code, T. I, Paris, 1827, 171.

¹⁴ PORTALIS, *Discours préliminaire prononcés par Portalis, le 24 thermidor an 8, lors de la présentation du projet arrêté par la commission du gouvernement*, in FENET, *op. cit.*, T. I, 509-510.

¹⁵ Tribunal d'appel de Besançon, in FENET, *op. cit.*, T. III, 155.

¹⁶ Come affermato di Jean Leclair: «*la plus grande contribution de Bonaparte consiste à s'être rallié des juristes représentant les deux grandes traditions juridiques du pays et provenant d'horizons politiques modérés, sinon conservateurs (...). Mais, révolutionnaire dans sa forme, le Code ne l'était pas quant à sa substance. D'une part, le Code Napoléon est extrêmement réactionnaire, car il reconduit en grande partie le contenu de l'Ancien droit. D'autre part, l'autoritarisme en constitue l'une des principales caractéristiques*», LECLAIR, «*Le Code civil des Français de 1804: une transaction entre révolution et réaction*», in (2002) 36 R.J.T. 1, 52. Sulla natura reazionaria e conservatrice del Code Napoléon si veda anche l'interessante articolo di GILLES, «*Les Lois civiles de Jean Domat, prémices à la Codification. Du Code Napoléon au Code civil du Bas Canada*», in (2009) 43 R.J.T. 1, 21: «*concernant la formulation de l'article 6 du Code Napoléon, ce seront les Lois civiles qui se trouveront à l'honneur, la réflexion de Domat sur les bonnes moeurs et l'ordre public ayant posé les cadres généraux de ces notions*».

¹⁷ Si veda il discorso di presentazione del primo progetto di codice di PORTALIS, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France: Code civil*, Paris, Treuttel et Würtz, 1827, 315-316: «*Telles sont les principales bases d'après lesquelles nous sommes partis dans la rédaction du projet de code civil. Notre objet a été de lier les moeurs aux lois, et de propager l'esprit de famille, qui est si favorable, quoi qu'on en dise, à l'esprit de cité (...). Les vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques; et c'est par la petite patrie, qui est la famille, qu'on s'attache à la grande; ce sont les bons pères, les bons maris, les bon fils qui font le bons citoyens. Or il appartient essentiellement aux institutions civiles de sanctionner et de protéger toutes les affections honnêtes de la nature*».

benché si tratti di un diritto romano rivisto e corretto dal diritto canonico e dal diritto naturale di Domat e Pothier. Dalla lettura dei lavori preparatori del codice civile, la fedeltà ai principi classici è lampante. Prendendo spunto dalla teoria delle obbligazioni proclamata nei tre progetti di codice civile, si constata come non vi sia nulla di così particolarmente originale, né tanto meno di così apertamente rivoluzionario. Al contrario, vi si ritrova un elogio del diritto romano nella parte dei contratti, laddove si proclamano le eterne verità di sempre sulle quali riposa la morale di tutti i popoli. Si può quindi a ragione reputare il Codice civile un codice «conservatore», che ha recepito integralmente il bagaglio della tradizione dal diritto romano al codice civile; e che ha invece accolto in misura assai limitata le istanze rivoluzionarie innovatrici¹⁸. Il Tribunale d'appello di Besançon espresse un vivo compiacimento nei confronti dell'inserimento della nozione di *bonnes moeurs*, e dell'operato di Portalis per non aver mancato di sottolineare, all'interno dei diversi progetti, «*un respect religieux pour les moeurs sans lesquelles les meilleures lois deviennent un bienfait insuffisant*»¹⁹. Nello stesso senso la Corte d'appello di Riom si dichiarò persuasa che «*hors l'habitude des bonnes moeurs, on ne saurait avoir celle d'un sens droit*»²⁰.

Nella cultura che precede la codificazione peraltro opera una sostanziale identificazione tra il principio del buon costume e la morale (che è vista come essenzialmente universale) e fra morale e diritto naturale²¹. Nei rapporti resi dai membri del Tribunato sono abbondanti i riferimenti all'idea di giusto e di ingiusto reperibile nella coscienza dell'uomo proba e illuminato; all'equità; al diritto romano; alle «*grands magnifiques ouvrages de Domat*» e del «*savant et vertueux Pothier*», grazie ai quali è stato possibile riunire «*tous les principes fondamentaux du droit et de la morale que jamais on ne doit séparer*»²²; così come insistenti appaiono anche i richiami alle «buone

¹⁸ Cfr. GAZZANIGA, «*Domat et Pothier. Le contrat à la fin de l'ancien régime*», in *Droits*, 1990, 12, 44.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Tribunal d'appel de Riom, in Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil, suivi d'une édition de ce code*, T. V, Paris, 1827, 411.

²¹ Il legislatore francese, in coerenza con le idee del giusnaturalismo laico, leggeva nel richiamo al buon costume i principi fondamentali di giustizia, di virtù, di onore, derivanti dall'ordine naturale. Così PORTALIS, *Prima esposizione dei motivi fatta nella seduta del corpo legislativo del 3 glaciale anno X (24 novembre 1801)*, in FENET, *op. cit.*, T. VI, 51-52: «*Enfin, nous avons cru devoir consacrer le principe, que les citoyens ne peuvent, par des conventions particulières, déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs: ce principe est la sauve-garde de la morale et de la législation*».

²² Queste le parole del Tribuno Favart, alla vigilia della discussione del Progetto del Codice civile davanti al Parlamento. Cfr. FAVART, in FENET, *op. cit.*, 412-413.

leggi»; alla «morale che accomuna tutti i popoli»; alle «verità universali che il diritto deve comunicare ai cittadini»; al profondo legame fra il diritto e le virtù umane²³. Il Tribuno Mauricault, nella presentazione del progetto sulle obbligazioni, in particolare sul titolo «Dei contratti e delle obbligazioni in generale», afferma, richiamando continuamente Domat, Pothier e il diritto naturale che il libro delle obbligazioni e dei contratti era soprattutto un libro giusnaturalistico e romanistico: «questa materia attiene, più di altre, ai principi di diritto naturale; le regole ivi redatte sono la pura espressione di tali principi; in questo ambito l'unico legislatore è la ragione»²⁴.

Con altre parole il Tribuno Ludot esprime il medesimo pensiero, affermando che le leggi positive sono sostanzialmente volte a conservare i costumi e a condannare l'immoralità²⁵.

Naturalmente, per gli autori che stiamo incontrando, il diritto romano è il diritto romano letto da Domat e Pothier, ed è il diritto romano letto attraverso lenti giusnaturalistiche.

3. «Les bonnes moeurs sont une dépendence de l'ordre public». *Le critiche al riconoscimento del buon costume nel Codice civile*

Sebbene l'opinione generale dei politici e della dottrina fosse salda nel considerare la rilevanza delle *bonnes moeurs* per il diritto, non mancavano, già allora, alcune vivaci – benché isolate – critiche alla rilevanza dei buoni costumi, mosse sia da alcuni giudici delle Corti d'appello, incaricati di valutare il progetto del Codice, sia – soprattutto – da alcuni membri del Tribunato, che si distinsero, in un clima di generale accettazione del patrimonio giuridico della tradizione classica, per aver manifestato dichiaratamente il loro dissenso al ricono-

²³ Esemplificativo del profondo legame con le fonti romanistiche e con le concezioni del diritto naturale proveniente dall'*ancien droit* è questo passaggio di FAVART, *Rapport fait par le tribun Favart*, in FENET, *op. cit.*, 312: «*Dans la partie qui traite des contrats et des obligations conventionnelles, le législateur se trouve dans l'heureuse impuissance de proclamer une volonté particulière: tout ce qu'il dit doit être l'expression des éternelles vérités sur lesquelles repose la morale de tous les peuples. Le livre où il puise ses lois doit être la conscience; ce livre où tous les hommes trouvent le même langage quand la passion ne les aveugle pas. Les Romains ont écrit ces vérités dans leurs lois. Elles ont été recueillies par le savant Domat et pothier en fit un traité qui seul aurait fait sa gloire. C'est dans les ouvrages de ces deux grands hommes que le projet de loi dont je vais vous entretenir a été puisé*».

²⁴ MAURICAULT, *Discussion devant le Corps-législatif, Discours prononcé par le Tribun Mauricault*, in FENET, *op. cit.*, T. XIII, 414.

²⁵ LUDOT, *Opinion de Ludot sur le premier projet de loi relatif au Code civil*, 18 frimaire An X, in Fenet, *op. cit.*, T. VI, 94 e ss.

scimento delle *bonnes moeurs* negli articoli del Codice. Alla dottrina che, favorevole alla codificazione delle *bonnes moeurs*, auspicava un potente ritorno della morale come principio di ordine sociale attraverso «una filosofia del dovere sempre più rigida»²⁶, si contrapponeva una corrente liberale, nata dalla reazione termidoriana, che promuoveva un modello «legalista» della nozione. Fra gli avversari delle *bonnes moeurs* spiccano i tribuni Faure e Andrieux. Faure, incaricato di presentare al Parlamento il progetto per l'approvazione (15 marzo 1803), dichiara che la necessità di avere delle buone leggi non può non implicare la trasformazione dei principi in leggi positive. In merito alle *bonnes moeurs*, egli non ne contesta apertamente l'inserimento, ma dimostra di accoglierne una concezione fortemente riduttiva, considerandole una dipendenza necessaria dell'ordine pubblico; le parole «ordine pubblico» – prosegue Faure – da sole sarebbero sufficienti a raggiungere il fine della norma, l'aggiunta delle parole *bonnes moeurs* serve soltanto a dare alla formulazione dell'articolo tutta la chiarezza possibile. In modo più apertamente critico, Andrieux sottolinea l'indefinibilità della clausola, contestandone l'inserimento «autonomo» a fianco dell'ordine pubblico negli articoli del Codice²⁷. Pare quindi che gli avversari delle *bonnes moeurs* respingessero il loro ingresso nella legge «*en mettant en avant la notion d'ordre publique*»²⁸, ancorando le loro ragioni alla incertezza e vaghezza dell'espressione *bonnes moeurs*: «*l'article, rédigé comme il est, manque de précision et de clarté*»²⁹. Per arginare tali difetti la dottrina avversa all'entrata delle *bonnes moeurs* nel Codice civile invocava l'eshaustività della clausola dell'ordine pubblico e tentava di spogliare i buoni costumi di ogni rilevanza giuridica, presentandoli come precetto morale o nozione soggettiva, per nulla atta a figurare in un testo normativo³⁰. Secondo il Tribuno Andrieux l'espressione *bonnes*

²⁶ LLORCA, *L'introduction des bonnes mœurs dans le code civil*, in *Les Bonnes Mœurs*, Paris, PUF, 1994, 70.

²⁷ ANDRIEUX, *Rapport fait à l'Assemblée Générale, par M. Andrieux, au nom de la Commission Spéciale*, séance de Tribunal du 12 frimaire An X – 3 décembre 1801, in FENET, *op. cit.*, T. VI, 67.

²⁸ LLORCA, *op. cit.*, 75.

²⁹ ANDRIEUX, *Rapport fait à l'Assemblée Générale, par M. Andrieux, au nom de la Commission Spéciale*, séance de Tribunal du 12 frimaire An X – 3 décembre 1801, in FENET, *op. cit.*, T. VI, 67.

³⁰ Cfr. LLORCA, *L'introduction des bonnes mœurs dans le code civil*, in *Les Bonnes Mœurs*, Paris, PUF, 1994, 70: «L'exaltation universelle du moralisme dans la communauté juridique ne donne que plus de relief à l'hostilité aux bonnes moeurs surgie comme une fausse note du côté du Tribunal où Andrieux se posant en véritable trublion a immédiatement prétendu ne voir en elles qu'un précepte de morale, une notion subjective par conséquent, dépourvue du moindre fondement juridique, cela

moeurs, che può essere facilmente e immediatamente compresa nel discorso ordinario, diventa indecifrabile allorché venga inserita in un discorso giuridico. Al contrario, l'ordine pubblico è certamente in grado di mantenere e disciplinare i rapporti sociali nel quadro stabilito dal Codice. In questo modo anche l'attività del giudice può esplicarsi entro i confini della sfera prettamente giuridica, e non al di là di questi, attuandosi nell'interpretazione delle regole di diritto civile espresse, senza il bisogno di dover rinviare ai principi astratti e filosofici³¹, o ad altro. Agli occhi dei due tribuni, l'unica soluzione convincente era rappresentata dalla concezione «legalista»: la libertà contrattuale doveva essere regolamentata esclusivamente dalla legge.

È opportuno precisare che gli interventi dichiaratamente contrari all'ingresso delle *bonnes moeurs* nel Codice furono minimi, e collocati entro un più ampio tentativo di manifestazione di una corrente che si dichiarava contraria al Progetto di Codice nel suo complesso, e che cercava di opporsi al clima di esaltazione universale del moralismo giuridico discendente dall'*ancien droit*, e alla ingenua e scorretta ricezione della terminologia del diritto romano, riproposta con orgoglio dai redattori del Codice³².

Sebbene, all'interno del Tribunato, esistesse effettivamente una frangia di rappresentanti dissenzienti all'ingresso delle *bonnes moeurs* nel diritto codificato, la dottrina favorevole al buon costume continuò a godere del consenso «dei più», e riuscì con facilità a mettere in ombra il dissenso «dei pochi». La dottrina dei buoni costumi, forte della posizione di consenso acquisita e del sostegno proveniente proprio dal quel clima di esaltazione generale della morale³³, tanto sofferto dai tribuni Andrieux e da Faure, giunse all'ultima fase del processo di codificazione: quella davanti alla Commissione governativa incar-

afin de les éliminer du Code civil. En distinguant prescription morale et prescription légale, en voulant disjoindre le droit et la morale, l'opposition libérale s'est située dans la ligne du nominalisme, ce vieux courant d'idées orienté vers l'indépendance du droit, une position d'autant plus défendable que le mélange des genres fut l'une des causes de l'insécurité juridique de l'ancien droit combattue par le droit moderne. Elle a ainsi tenté d'empêcher l'habillage formel des bonnes moeurs désiré par les codificateurs et la classe politique parce que sa finalité était de ressusciter le pouvoir de l'autorité savante dans la production du droit, un dessein en correspondance avec les inclinations du jansénisme juridique».

³¹ ANDRIEUX, *Rapport fait à l'Assemblée Générale, par M. Andrieux, au nom de la Commission Spéciale*, séance de Tribunat du 12 frimaire An X – 3 décembre 1801, in FENET, *op. cit.*, T. VI, 67.

³² PORTALIS, *Présentation au Corps-législatif, Exposé des motifs par M. Portalis*, séance du 3 frimaire an X-24 novembre 1801, in FENET, *op. cit.*, T.VI, 51-52.

³³ LLORCA, *L'Introduction des bonnes moeurs dans le Code civil*, in *Les Bonnes Mœurs*, Paris, PUF, 1994, 70.

cata di portare a compimento il Codice. Le *bonnes moeurs* furono consacrate a svolgere, insieme alla *utilité publique*, il ruolo di «contrattare» del fondamentale principio di libertà contrattuale.

L'esame del testo degli articoli sottoposti alla Commissione governativa dimostrò che la clausola dei buoni costumi aveva vinto in partenza; il discorso di Portalis tolse ogni dubbio sull'intenzione di preservare il patrimonio giuridico del «*droit savant*» e di mantenere nel Codice una nozione della clausola del buon costume in continuità con la natura conservatrice della clausola presente nella dottrina precedente, e cioè con quella particolare lettura del buon costume, influenzata dal diritto naturale e dalla morale cristiana, presente nella dottrina degli autori classici del XVIII secolo. Nei *Motifs et Discours prononcés lors de la Présentation Du Code civil*, esposti dai diversi oratori del Consiglio di Stato e del Tribunato, Portalis afferma: «*les bonnes moeurs se rencontrent chez toutes les nations policées, car elles permettent de suppléer les bonnes lois: elles sont le véritable ciment de l'édifice social*»³⁴. Nella parte dedicata alla causa del contratto si legge: «*Toute obligation doit être proscrite, si elle a été contractée malgré la défense de la loi, ou si elle est contraire aux bonnes moeurs, ou à l'ordre public*»³⁵.

Il 28 gennaio 1804, nel discorso di presentazione al Parlamento del libro dei Contratti e delle Obbligazioni, il console Bigot-Préameneu elogiò le antiche leggi romane, ribadendo l'importanza della ragione e del diritto naturale: «non serve altro, per regolamentare i rapporti contrattuali, che conformarsi ai principi che provengono dalla ragione e dal cuore di ciascun uomo». Secondo Bigot Préameneu fu proprio questo il segreto che rese immortali le leggi romane. Sul loro esempio anche il Codice civile francese sarebbe stato capace di «bilanciare i giudizi tra interessi opposti e complicati; dissipare le ombre entro cui l'equità si trova coinvolta; riunire tutto ciò che la morale e la filosofia offrono, di sublime e di sacro, alla società». Lo

³⁴ PORTALIS, *Exposé des motifs par le conseiller d'état Portalis, séance du 4 ventôse an XI*, in FENET, *op. cit.*, T. VI, 362-363: «*Quant aux conventions contraires aux bonnes moeurs, elles sont proscrites chez toutes les nations policées. Les bonnes moeurs peuvent suppléer les bonnes lois: elles sont le véritable ciment de l'édifice social. Tout ce qui les offense, offense la nature des lois. Si on pouvait les blesser par des conventions, bientôt l'honnêteté publique ne serait plus qu'un vain nom, et toutes les idées d'honneur, de vertu, de justice, seraient remplacées par les lâches combinaisons de l'intérêt personnel, et par les calculs du vice*».

³⁵ BIGOT-PRÉAMENEU, *Présentation au Corps Législatif, et exposé des motifs*, in Fenet, *op. cit.*, T. XIII, 228. È stato fatto notare da un autore che non è un caso che dopo le leggi siano menzionati i buoni costumi, in posizione di precedenza rispetto all'ordine pubblico, LLORCA, *L'Introduction des bonnes moeurs dans le Code civil*, in *Les Bonnes Mœurs*, Paris, PUF, 1994, 70.

sforzo compiuto dai codificatori – prosegue – «realizzò questo immenso e prezioso deposito che non cesserà di meritare il rispetto degli uomini, che contribuirà alla civilizzazione del mondo intero, ed al cui interno tutti gli ordinamenti civili riconosceranno la ragione scritta»³⁶.

I buoni costumi ottengono così – sulla base della condivisa esigenza di un incisivo controllo sociale e morale anche nella società rinnovata³⁷ – la loro definitiva consacrazione legislativa all'interno del Codice civile, comparando, fra l'altro, in posizione antecedente rispetto all'ordine pubblico. Da quel che si è detto risulta chiaro che, nella Francia del 1804, il rapporto tra i buoni costumi e la morale è di sostanziale identità: «*enfin, nous avons cru devoir consacrer le principe, que les citoyens ne peuvent, par des conventions particulières, déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs: ce principe est la sauve-garde de la morale et de la législation*»³⁸.

Il terreno del diritto si mostra, proprio attraverso la clausola del buon costume, profondamente intrecciato alle regole della morale.

La concretizzazione delle *bonnes moeurs* nel diritto codificato si manifesta in due limiti: il primo, che risulta dall'art. 6, contenuto nelle Disposizioni preliminari del Codice, riguarda l'applicazione delle leggi: «*On ne peut déroger, par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs*»; il secondo, contenuto nell'art 1133 del Codice civile, si occupa di identificare le ipotesi di illiceità della causa del contratto: «*L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet. La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public*».

È opportuno accennare al fatto che esiste una differenza tutt'altro che marginale fra il ruolo svolto dalle *bonnes moeurs* all'art. 6 delle Disposizioni preliminari e quello dell'articolo 1133 del Codice civile; le due norme pongono due divieti oggettivamente diversi. Nel

³⁶ BIGOT-PRÉAMENEU, *Présentation au Corps Législatif, et exposé des motifs*, séance du 7 pluviôse an XII-28 janvier 1804, titre des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général, in FENET, *op. cit.* T. XIII, 215-216.

³⁷ Secondo FENOUILLET, «*sous l'influence de deux facteurs conjugués, la morale janseniste d'une part, la volonté de rétablir les liens sociaux mis à mal par la Révolution et d'instituer une société nouvelle d'autre part, le codificateur imposé aux individus de respecter les bonnes mœurs afin de mieux diriger la société. Ainsi s'explique que 1804 ait fait l'apologie des bonnes mœurs*», FENOUILLET, *Les bonnes mœurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique!*, in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle*, Études Catala, Paris, Litec, 2001, 492.

³⁸ PORTALIS, *Présentation au Corps-législatif, Exposé des motifs par M. Portalis*, séance du 3 frimaire an X-24 novembre 1801, in FENET, *op. cit.*, T.VI, 51-52.

primo caso il Codice stabilisce che non si può derogare alle leggi che interessano i buoni costumi. L'articolo 6 disciplina pur sempre una contrarietà a leggi, e postula l'individuazione, all'interno delle norme previste dalla legge, di quelle che riguardano il buon costume. Nel contesto di tale disposizione il buon costume non assume una posizione effettivamente autonoma. Se si guarda al solo art. 6, sarebbe immaginabile il caso in cui una convenzione, pur essendo contraria al buon costume, non contrasti con alcuna legge, e dunque sia valida. Nel divieto imposto dall'art 1133, invece, il legislatore stabilisce che le convenzioni contrarie al buon costume e all'ordine pubblico sono illecite in quanto tali e perciò nulle. L'art. 1133, non riguardando soltanto la violazione di una legge che «interessa» i buoni costumi, bensì la conclusione di contratti illeciti perché contrari (alla legge o) *al* buon costume, amplia e supera il divieto posto dall'art. 6, ricomprendendolo nel riferimento più generale alla «contrarietà al buon costume». In quest'ultimo caso, il buon costume e l'ordine pubblico si presentano come limiti autonomi rispetto alle norme, in quanto svincolati dalla subordinazione alla legge³⁹.

4. *I primi orientamenti sulla nozione di bonnes moeurs*

La funzione svolta dalle *bonnes moeurs* all'interno della disciplina generale del contratto fissata dal legislatore nel Codice non destò particolare interesse, almeno in un primo tempo, negli scritti della dottrina dell'Esegesi. Ciò forse anche a causa della venerazione che la scuola nutriva per il Codice. Se, come pensavano questi autori, «*tout est dans la loi*», si può comprendere con facilità che non era necessario cercare al di fuori della legge la regola giuridica, occorre soltanto interpretare i testi. A partire da queste premesse, non stupisce trovare una sorta di disagio, che si mutava alle volte in silenzio, da parte di questi autori, nel commentare il riferimento delle *bonnes moeurs* contenuto negli articoli del Codice. Come opportunamente osservato da una pungente dottrina, i commentatori del Codice si dimostrarono più estremisti nel loro culto della lettera della legge dei redattori dello stesso⁴⁰; quindi la reazione dei primi commentatori del

³⁹ Si vedano in questo senso LAURENT, *Principes de droit civil*, 3 ed., Paris, Bruylant-Christophe & Cie, 1878, I, 88-91; LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations ou Commentaire des titres III et IV, livre III du Code civil*, art. 1101 à 1386. T. I, Paris, Pédone-Lauriel, 1885, 313 e ss.

⁴⁰ Cfr. GAMBARO-SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato* diretto da SACCO, Torino, UTET, 2000, 304.

Codice ad una clausola che così apertamente chiamava in causa concezioni extragiuridiche non poteva che concretizzarsi in un atteggiamento di estrema prudenza: essi tacevano su tutti i problemi teorici aperti dalla nozione, limitandosi a ridurre il diritto alle parole del Codice.

Nel cosiddetto primo periodo della Scuola dell'Esegesi, che grosso modo comprende i primi trent'anni dell'Ottocento, la nozione del buon costume era oggetto di scarsa attenzione, mentre maggiore approfondimento veniva dedicato alla più chiara (e nuova) nozione di ordine pubblico. Nei rari casi in cui, invece, gli autori dedicavano una specifica attenzione alla nozione di *bonnes moeurs*, essi si richiamavano apertamente alla concezione di matrice giusnaturalistica e moraleggiante propria della dottrina classica precedente. Così, per esempio, nel commentare l'articolo, Toullier cita Domat e distingue fra «*les choses illicites de leur nature, c'est a dire qui sont défendues par le droit naturel, que Domat appelle avec raison le droit immuable, et celles qui ne sont défendues que par le droit civil, par un droit arbitraire et sujet au changement*». L'autore pone quindi tra le cause «naturalmente illicite» quelle «tutelate dal diritto naturale e dal diritto civile», dando per ovvio che queste non possono dare luogo ad un valido contratto⁴¹. Va osservato che, nel quadro della permanente rilevanza della distinzione fra *droit civil* e *droit naturel*, Toullier sottolinea con convinzione un fondamentale carattere di peculiarità delle regole morali (ed è su questo punto che, come vedremo, di lì a poco i punti di vista si diversificheranno): l'immutabilità delle regole del diritto naturale (e del buon costume) rispetto alla mutevolezza e all'arbitrarietà delle regole del diritto civile positivo.

Gran parte della dottrina dell'esegesi, invece, trattava l'argomento ad un livello piuttosto superficiale. Duranton si limita ad affermare, commentando l'articolo 6 del Codice, che i cittadini non possono, attraverso convenzioni particolari, derogare alle leggi che interessano l'ordine pubblico, «tutto ciò che viola i buoni costumi è, per la stessa ragione, severamente vietato»⁴².

Pur in un'analisi altrettanto sbrigativa, Villaume, nel *Commentaire*

⁴¹ TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, T. III, Bruxelles, Société Typographique Belge, 1847, § 126, 287: «*Quant aux choses naturellement illicites, qui sont défendues par le droit naturel et par le droit civil, comme de tuer un homme, de commettre un adultère, il est encore évident qu'elles ne peuvent être l'objet ou la matière d'un contrat, et que personne ne s'y peut valablement engager. C'est un crime de stipuler ou de promettre une chose illicite, c'en est un plus grand de l'exécuter. Le contrat est donc encore absolument nul*».

⁴² DURANTON, *Cours de droit français, suivant le code civil*; 3 ed., T. I, Bruxelles, Société Typographique Belge, 1834, 25; T. VI, 131.

analytique, riconosce espressamente che attraverso il riferimento alle *bonnes moeurs* il legislatore ha richiamato la tradizione ma insieme ha aperto uno spazio alla sensibilità anche personale degli interpreti; a proposito dell'art. 6 egli scrive: «*le législateur n'a point déterminé quelles sont les lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs. Il s'en est rapporté aux traditions de la science, au tact individuel des jurisconsultes et de magistrats*»⁴³. Anche nei successivi Trattati di Demolombe⁴⁴ e di Aubry a Rau⁴⁵ lo spazio dedicato ai buoni costumi è minimo. In effetti, queste opere fanno poco più che richiamare il testo degli articoli 6, 1131, e 1133. Più attenzione è riservata all'ordine pubblico, rispetto al quale peraltro si constata che né la dottrina né il legislatore hanno offerto dei criteri utili alla sua identificazione.

5. *L'evoluzione della nozione di bonnes moeurs negli Esegeti di fine secolo*

I toni cambiano sensibilmente verso la fine del XIX secolo. Molti autori dedicano maggiore attenzione ai buoni costumi nelle loro opere, cimentandosi nella individuazione del loro contenuto.

Se è vero che per la maggior parte degli esegeti la definizione delle *bonnes moeurs* resta una questione sulla quale si è «incapaci di fornire una soluzione» armonica e unitaria⁴⁶, è altrettanto vero che, proprio negli anni del tramonto della Scuola, inizia a diffondersi una concezione di buoni costumi ormai completamente slegata dalla morale giusnaturalistica e sempre più vicina, nel contenuto, ai costumi accettati come buoni dalla pluralità dei consociati e non dalla coscienza dei singoli, e funzionale al mantenimento dell'ordine generale della società. D'altra parte, e lungo traiettorie diverse, inizia un processo di avvicinamento dei buoni costumi all'ordine pubblico o agli stessi principi sanciti dal legislatore.

È, in particolare, con Laurent che la dottrina incomincia ad allontanarsi sensibilmente dalla tradizionale concezione di buoni costumi, legata alla morale del diritto naturale, per avvicinarsi all'idea di una morale pubblica (distinta dalla morale privata e soggettiva),

⁴³ VILLAUME, *Commentaire analytique du Code Napoléon*, Paris, Cotillon-Durand, 1855, 5.

⁴⁴ DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, T. XII, *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Bruxelles, Stienon, 1868, § 374, 129.

⁴⁵ AUBRY E RAU, *Cours de droit civil français*, 2 ed., T. I, Bruxelles, Melin Cans et Comp., 1850, 36; 3 ed., T. III, 1856, 218; 7 ed., T. I, Esmein e Ponsard, 1964, 280-281.

⁴⁶ RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1925, 70.

più vicina alla nozione di ordine pubblico. Laurent distingue in primo luogo la portata dell'art. 6 da quella (congiunta) degli articoli 1131 e 1133 c.c. Per l'autore, le leggi che riguardano i buoni costumi ex art. 6 c.c. sono le leggi penali. Tale affermazione è giustificata dal fatto che «il legislatore (non dovendo fare un corso di morale) fa riferimento alle leggi che interessano il buon costume in tanto in quanto queste siano mirate a reprimere le azioni che turbano l'ordine sociale e, cioè, le leggi volte a reprimere i reati»⁴⁷. In questo senso appare evidente «che le leggi che interessano i buoni costumi secondo la *ratio* dell'articolo 6, sono le leggi penali e che, conseguentemente, è nullo qualsiasi contratto avente per oggetto il compimento di un delitto»⁴⁸.

Attraverso gli articoli 1131 e 1133 – osserva Laurent – il legislatore estende tuttavia la portata dell'art. 6 e, con essa, anche le difficoltà di interpretazione. Se, infatti, tutte le leggi penali rientrano nel disposto dell'art. 6 del Codice civile, non è vero il contrario, poiché il Codice penale non prevede al suo interno tutti gli atti immorali. Il disposto degli articoli 1131 e 1133 c.c. prevede che, per rendere nullo un contratto immorale, non occorra una legge riguardante i buoni costumi; è sufficiente che il contratto sia contrario al buon costume perché non produca alcun effetto giuridico. Per poter applicare questi ultimi articoli appare fondamentale, per l'autore, individuare il criterio sulla base del quale il giudice può decidere se un contratto sia contrario al buon costume oppure no; in altre parole, occorre individuare a quale morale deve rinviare il giudice. La morale, secondo Laurent, è progressiva, essa quindi si purifica e si perfeziona mentre cambia⁴⁹, e il solo strumento in grado di assecondare questo processo incessante è la coscienza umana. Ma, attenzione: ciò non significa affatto che vi debba essere *a fortiori* una assoluta corrispondenza tra la morale presa in considerazione dal diritto e la morale che ha sede nella coscienza individuale, né che i contenuti di questa morale siano immutabili nel tempo e nello spazio. Ad ogni epoca della vita umana, afferma Laurent, «corrisponde una dottrina sulla morale accettata dalla coscienza della generalità degli individui, fatta eccezione per quei casi che presentano delle dissidenze a livello individuale e che, pertanto, non si devono prendere in considerazione»⁵⁰. In questo senso esisterà sempre una «morale pubblica, e ogni contratto contrario a questa morale sarà contrario ai buoni costumi e, quindi, colpito da nullità».

⁴⁷ *Ibidem.*

⁴⁸ LAURENT, *op. cit.*, 89, §54.

⁴⁹ *Ibidem.*

⁵⁰ *Ibidem.*

Un'altra parte della dottrina, pur mantenendo ancora distinte le *bonnes moeurs* dall'*ordre public*, offre, accanto ad una definizione di *bonnes moeurs* «private», una definizione di *bonnes moeurs* «pubbliche», connesse all'esercizio di alcune funzioni. Sotto questa veste, la nozione di *bonnes moeurs* si avvicina sensibilmente – ancora una volta – a quella di ordine pubblico. Ciò è ben esemplificato da Larombière, il quale individua le «*bonnes mœurs publiques*» in «quelle abitudini modellate sui sentimenti di delicatezza, di onore, di diligenza relativi all'esercizio di particolari funzioni»⁵¹. La contrarietà alle *bonnes mœurs* si identifica con la violazione di questi sentimenti. Essi sono «*des choses qui se sentent plutôt qu'elles se définissent*»⁵². L'autore, tuttavia, non vede in ciò un problema; egli, al contrario, ripone piena fiducia nell'animo umano (considerato la sede di questa moralità) piuttosto che nei ragionamenti. Ciò vale – secondo Larombière – non soltanto per quelle *bonnes moeurs* che si considerano «private», ma anche per «le *bonnes moeurs* «pubbliche», meno afferrabili, e meno sensibili dal momento che la loro identificazione si lega alle nozioni di ordine pubblico»⁵³. Ogni contratto che viola tali abitudini e tali sentimenti, anche se non lede i buoni costumi «privati», è colpito da nullità assoluta, anzi, la sua immoralità è aggravata dall'offesa all'ordine pubblico⁵⁴. Non occorre, tuttavia, che «nel valutare ciò che è contrario al buon costume, la legge usi il rigido rigore di un moralista severo che con scrupolosità pesa le azioni umane»⁵⁵. La legge – prosegue – «ha una *sua* coscienza, un *suo* pudore, una *sua* moralità, in linea con la natura dei doveri che le competono; essa ha un *suo* rigore, come ha i *suoi* divieti, la *sua* umanità e la *sua* tolleranza»⁵⁶.

Anche Larombière si pone in aperta rottura con quella connotazione tradizionale di immutabilità e staticità del contenuto del buon costume nel tempo e nello spazio che troviamo ancora presente in Toullier. Larombière tiene a precisarlo: «*Ce n'est pas cependant que les moeurs soient immuables (...). Elles sont au contraire le fidèle reflet des opinions mobiles et changeantes de l'humanité (...). On a donc, à la manière de son temps et de sa société, l'intelligence de ces mots, bonnes moeurs, et on ne devra y attacher d'autre sens que le temps et la société des contractants y auront eux-mêmes attaché*»⁵⁷.

⁵¹ LAROMBIÈRE, *Théorie et Pratique*, Paris, Pédone-Lauriel, 1885, 316.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ LAROMBIÈRE, *op. cit.*, 317.

⁵⁴ Cfr. LAROMBIÈRE, *op. cit.*, 316.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Cfr. LAROMBIÈRE, *op. cit.*, 316-317.

⁵⁷ LAROMBIÈRE, *op. cit.*, 317.

Alle parole *bonnes moeurs* non si dovrà dare altro significato se non quello che il tempo e la società gli attribuiscono. Non si può non scorgere, in quest'ultimo passaggio di Larombière, un'anticipazione degli elementi cardine della dottrina sulle *bonnes moeurs* elaborata a partire dalle teorie della scuola sociologica, che si diffonderà, proprio al tramonto della Scuola dell'esegesi, nella prima metà del Novecento.

Accanto alle posizioni finora illustrate va segnalata la posizione di un'altra dottrina, minoritaria, che propone una teoria sulle *bonnes moeurs* innovativa, reclamando una sorta di «giuridicizzazione» dei buoni costumi. Téophile Huc, esponente della scuola esegetica negli anni del suo declino, si preoccupa inizialmente di chiarire il rapporto tra morale e diritto positivo.

«La morale raffigura l'uomo nel rapporto con sé stesso e con i suoi simili. Essa considera gli atti umani guardando agli scopi, scruta le intenzioni del foro interiore (la coscienza). Le obbligazioni della morale non sono coercibili e non esiste un'autorità esterna che possa esigerne l'adempimento, esse non riguardano altro che la coscienza»⁵⁸. Il diritto, invece, «è indifferente al rapporto dell'uomo con sé stesso, si occupa solamente dei rapporti fra l'uomo e i suoi simili e, fra questi, soltanto di quelli che implicano un intervento sociale, volto al mantenimento dell'ordine. Il compimento di obbligazioni legali o giuridiche riguarda i tribunali»⁵⁹. Secondo l'autore non può esserci un rapporto di antagonismo tra il diritto e la morale, è bensì fondamentale che l'uno e l'altra vivano entro i rispettivi limiti. Se si permettesse al diritto di invadere l'ambito della morale, spiega Huc, bisognerebbe ricorrere allo strumento sanzionatorio anche in un contesto in cui non è contemplato, e ciò sarebbe intollerabile. Se, al contrario, si permettesse alla morale di invadere il campo del diritto, si sostituirebbe alla sanzione la semplice ingiunzione, con il conseguente indebolimento della garanzia pubblica e dell'ordine politico e sociale⁶⁰.

A partire da queste premesse l'autore tenta di dimostrare che at-

⁵⁸ Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, T. I, Art. 1 à 143, Paris, Librairie Cotillon, 1892, 18-20.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Cfr. Huc, *op. cit.*, 18-20: «*Il n'y a pas et il ne peut y avoir d'antagonisme entre le droit et la morale. Mais il est de la plus haute importance de les maintenir dans leurs limites respectives*»; «*Si on laisse envahir le domaine de la morale par le droit, c'est – à – dire si on veut appliquer l'idée de sanction ou de coercition à des rapports qui ne le comportent pas, on arrive à scruter les intentions, à établir une véritable inquisition, à organiser le plus intolérable des despotismes. Si on laisse au contraire la morale envahir et démembrer le domaine du droit, s'il y a une tendance dans la législation à remplacer la sanction proprement dite par une simple injonction, on affaiblit la garantie publique, on détruit l'ordre politique et social, on court vers l'anarchie*».

traverso l'analisi dei testi positivi l'interprete è in grado di rinvenire il contenuto dei principi morali posti nel Codice dal legislatore. Seguendo questo metodo, Huc giunge a definire i buoni costumi come «*les habitudes acquises pour le bien en tant qu'elles sont protégées ou déterminées par la loi positive*»⁶¹. Le *bonnes moeurs* rilevanti per il diritto (da non confondere con la morale) sono quindi individuate dall'autore nelle abitudini acquisite come buone in quanto protette e stabilite dalle leggi positive⁶². «*C'est aux lois positives qu'il faut demander quelles sont les moeurs qu'il faut protéger contre les conventions particulières*»⁶³. I costumi che la legge intende proteggere possono essere riuniti, secondo l'autore, in cinque classi, tutte rintracciabili all'interno del Codice: la decenza pubblica, il buon impiego della propria fortuna, il rispetto delle idee e dei principi del 1789 (che costituiscono la base della società moderna), la buona fede nelle obbligazioni e, infine, la libertà nei contratti. Ora, nella misura in cui i buoni costumi sono in qualche modo riconducibili a una di queste cinque classi, essi godono della tutela offerta dallo stesso legislatore⁶⁴. Al di fuori di questi casi, viceversa, non rileva, per il diritto, il fatto che alcuni contratti possano urtare l'una o l'altra nozione morale, né tanto meno che le suddette convenzioni destino scandalo nella società.

Come Laurent, anche Huc si interroga sul rapporto tra il dettato dell'art. 6 («le leggi che interessano i buoni costumi»), e quello dell'art. 1133 c.c. (che tratta del contratto illecito per contrarietà al buon costume). Secondo l'autore «il riferimento alle *bonnes moeurs* dell'articolo 6 è un enunciato inutile dal momento che i buoni costumi non esistono al di fuori delle ipotesi determinate e tutelate dalla legge positiva»⁶⁵. Proprio commentando l'art. 6 delle Disposizioni preliminari egli critica il fatto che la legge utilizzi le due espressioni senza definirle. Come già accennato, il contenuto dell'ordine pubblico e dei buoni costumi è inserito nel Codice; le due clausole sono protette dalle leggi positive⁶⁶. L'art. 6, essendo rivolto alle convenzioni poste

⁶¹ Huc, 194.

⁶² Cfr. Huc, *op. cit.*, 181.

⁶³ Huc, *op. cit.*, 182.

⁶⁴ Huc, *op. cit.*, 186: «*Les bonnes moeurs sont celles qui sont indiquées par le législateur lui-même, qui les protège par ses dispositions*».

⁶⁵ Huc, *op. cit.*, 194.

⁶⁶ Così, Huc, *op. cit.*, 174: «*Considéré comme ayant une sorte d'existence abstraite, l'ordre public a pu être défini: L'arrangement résultant des lois ayant pour objet de fixer l'état des personnes ainsi que la capacité ou l'incapacité qui y est attachée, et ajouterons-nous, de sauvegarder l'intérêt des tiers. Les bonnes moeurs, qu'il ne faut pas confondre avec la morale, sont «les habitudes acquises pour le bien en*

in essere in violazione di una legge che riguarda i buoni costumi, lascia da parte i contratti che sono contrari al buon costume, per la cui invalidità sono sufficienti le regole sull'oggetto, sulla causa e sulle condizioni del contratto poste dagli artt. 1131 e 1133 c.c., che bastano per renderli nulli⁶⁷.

Alla fine del XIX secolo la dottrina sulle *bonnes moeurs* è a una svolta decisiva. Lo stadio di maturazione e di mutamento di orizzonte nel concepire la nozione di buon costume è bene espresso nel Trattato di fine secolo di Baudry Lacantinerie⁶⁸ – considerato «l'ultimo degli esegeti»⁶⁹ – che segna la fine della Scuola dell'Esegesi. Egli è il primo a riprendere esplicitamente quella lettura della nozione di *bonnes moeurs* come dipendente dall'ordine pubblico, esposta, in sede di codificazione, dal Tribuno Faure. Per l'autore i buoni costumi «rientrano nella nozione di ordine pubblico»⁷⁰ il quale, in particolare riferimento all'art. 6 c.c., rappresenta «l'organisation considérée comme nécessaire pour le bon fonctionnement général de la société»⁷¹. L'ordine pubblico è dunque «il risultato della consacrazione di un certo numero di idee sociali, politiche, morali, talvolta religiose, che il legislatore ritiene fondamentali per l'esistenza della nazione»⁷².

tant qu'elles sont protégées ou déterminées par les lois positives». «Lorsque le législateur emploie simplement l'expression mœurs sans qualificatif, comme dans l'art. 900, veut parler non seulement des bonnes mœurs, mais aussi et principalement des mœurs politiques et sociales, telles qu'elles sont déterminées par le nouveau régime politique issu des principes de la Révolution, par opposition aux mœurs politiques et sociales de l'ancien régime. Les conventions contraires à l'ordre public, aux bonnes mœurs, ou simplement aux mœurs sont donc réprouvées par le législateur qui ne saurait les sanctionner».

⁶⁷ HUC, *op. cit.*, 174: «L'art. 6 ne vise que les conventions particulières dérogeant à une loi intéressant les bonnes moeurs; il laisse donc de côté les conventions qui sont simplement contraires aux bonnes moeurs. (...) L'art. 6 du Code civil est toujours inutile, (...) chaque fois qu'il se produit une convention contraire à une loi concernant l'état ou la capacité des personnes, ou à une loi pénale, la loi violée suffit pour faire annuler la convention, et (...) chaque fois qu'il se produit une convention contraire à ce qu'on appelle les bonnes moeurs, les règles concernant l'objet, la cause, ou les conditions, dans les contrats suffisent encore pour la faire annuler».

⁶⁸ Cfr. BAUDRY LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Paris, Larose, 1895

⁶⁹ L'espressione è di BRÈTHE DE LA GRESSAYE, «Souvenirs d'un civiliste», in *RTD civil*, 1975, 661.

⁷⁰ BAUDRY LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, 13 ed., T. I, Paris, Librairie Recueil Sirey, 1922, 51, §94: «Quant aux bonnes mœurs, elles rentrent dans la notion d'ordre public, car la société est évidemment intéressée au maintien des bonnes mœurs et troublée par leur violation. En les mentionnant spécialement à côté de l'ordre public, l'art. 6 n'a voulu que mettre ce point hors de discussion».

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Secondo l'autore «la definizione di causa illecita dell'art. 1133 c.c. è voluta-

Nell'Ottocento, e fino alla prima metà del Novecento, la sfera d'applicazione dell'art. 1133 c.c. era ampia e variegata. L'elenco delle ipotesi contrattuali considerate contrarie al buon costume è lungo e comprende gli accordi di natura speculativa fra notaio e cliente⁷³; i contratti di vendita di cariche pubbliche⁷⁴; i contratti di cessione o di sfruttamento di case di tolleranza⁷⁵; i contratti di prossenetico matrimoniale⁷⁶. Erano nulli tutti quei contratti stipulati «fra persone che cercano di ottenere un beneficio da quelle relazioni che la vita sociale o l'esercizio della professione stabilisce normalmente fra i soggetti; queste relazioni non possono dipendere dal profitto reciproco che le parti possono da queste ottenere»⁷⁷. Per molti di questi contratti, per esempio per le società fra coniugi, il presupposto della nullità per contrarietà ai buoni costumi era «*l'avisement des actions humaines par l'argent*»⁷⁸. Era considerato inammissibile che le relazioni di collaborazione fra congiunti, derivanti da obblighi morali, fossero «falsate» dalla conclusione di un contratto di lavoro tale per cui l'uno diveniva dipendente dell'altro; anche il contratto di servizi era perciò invalido.

Vi sono casi a cui è interessante fare cenno perché consentono di misurare il cambiamento della concezione di moralità nel tempo. Si tratta infatti di contratti la cui illiceità appare, oggi, fortemente discutibile.

Tra questi troviamo i contratti di *claque* a teatro, che, all'epoca, erano abbastanza diffusi. In merito a tali contratti è interessante no-

mente vaga così da poter comprendere al suo interno tutti i numerosi casi che il legislatore aveva in mente». Pur ammettendo l'esistenza di alcune spinose questioni, non risolte dalla giurisprudenza, legate al difetto di precisione della clausola, l'autore dedica alcune pagine del suo trattato ai casi in cui la causa del contratto è evidentemente illecita, BAUDRY LACANTINERIE e BARDE, *Traité théorique et pratique du droit civil, Les obligations*, T. I, Paris Larose, 1897, 287, §309.

⁷³ Cass. Civ., 14 mai 1888, in *Dalloz* 1888, 1, 487.

⁷⁴ Grenoble, 16 décembre 1837, in *Journ. Pal.*, 1841, 340; Rennes, 29 décembre 1839, in *Dalloz* 1839, II, 81; Metz, 14 février 1843, in *Dalloz* 1843, 449; Paris, 4 février 1854, in *Dalloz* 1854, II, 149.

⁷⁵ Paris, 30 novembre 1839, in *Dalloz* 1839, 121; Trib. Civ. Seine, 22 mai 1867, in *Dalloz* 1867, III, 61; Cass. civ., 15 décembre 1873, in *Dalloz* 1874, 1, 222.

⁷⁶ App. Potiers, 9 mars 1853, in *Dalloz* 1853, 2, 211; Cass. civ., 1 mai 1855, in *Dalloz* 1855, I, 147; App. Paris, 3 février 1859, in *Dalloz* 1859, 2, 112; Cass. Civ., 20 avril 1904, in *Dalloz* 1904, I, 420; Pau, 28 juin 1906, in *Dalloz* 1910, 5.

⁷⁷ Convenzioni di separazione e di divorzio, convenzioni in cui si stabilisce una donazione reciproca fra i coniugi: Cass. Civ., 2 janvier 1907, in *Dalloz* 1907, 1, 137; Cass. Req., 15 janvier 1929, in *Dalloz, Recueil Hebd.* 1929, 80.

⁷⁸ RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1925, 52, §27.

tare la ragione posta alla base del giudizio di immoralità da parte di giurisprudenza e dottrina.

Al tempo, era diffusa la conclusione di veri e propri contratti tra direttori di teatri e speciali imprenditori di successi drammatici. Per lungo tempo è stato giudicato illecito il contratto concluso con un direttore di teatro, per organizzare la *claque* ed imporre con applausi prezzolati un artista o un dramma⁷⁹.

Ciò che si riteneva immorale era la manifestazione di apprezzamento di uno spettacolo di teatro o di un'esibizione artistica dietro il pagamento di una somma di denaro. Il contratto era illecito in quanto volto ad «*assurer par des applaudissements le succès des pièces de théâtre*»⁸⁰. Il giudice dichiarava nulle tali convenzioni perché contrarie alla morale e all'ordine pubblico⁸¹.

Occorre tuttavia notare che la tesi della nullità di questi contratti era criticata da una parte della dottrina, per la quale l'attività dei *claqueurs* non impediva affatto la libertà di giudizio del pubblico, essendo piuttosto diretta a mettere in luce, con gli applausi, i pregi dell'opera. La loro funzione era ritenuta da questa dottrina non dissimile da quella di un commerciante che sta fuori dal negozio a magnificare le merci; i *claqueurs* non fanno altro se non prendere l'iniziativa nell'applaudire, «rompendo il ghiaccio» nella folla degli ascoltatori e riscaldando il pubblico⁸². La tesi favorevole alla validità del contratto di *claque* ha trovato il consenso anche di una parte della giurisprudenza⁸³.

6. *Le bonnes moeurs nella teoria sociologica di Demogue*

La dottrina francese del XX secolo – influenzata dalle acquisizioni della sociologia contemporanea – era alla ricerca di una concezione della morale che fosse adeguata al mutamento dei tempi e accettata dalla pluralità dei consociati.

⁷⁹ DEMOLOMBE, *Traité des contrats*, cit., I, n. 334; AUBRY ET RAU, *op. cit.*, § 344, nota 14; BAUDRY LACANTINERIE, *op. cit.*, n. 312 bis.

⁸⁰ Trib. Comm. Seine, 27 juin 1896, in *Sirey* 1896, 2, 286-287.

⁸¹ Considerano tali contratti illeciti: Paris 3 juin 1839, in *Dalloz* 1840, 2, 176; Paris, 4 avril 1840, in *Dalloz* 1841, 1, 228, Cass. 17 mai 1841, in *Sirey* 1841, 1, 623; Paris, 23 juillet 1853, in *Dalloz* 1853, 5, 450; Paris, 8 août 1853, in *Dalloz* 1853, 5, 450; Trib. Comm. Seine, 27 juin 1896, in *Sirey* 1896, 2, 286 (già citata).

⁸² Cfr. RAYNAL, *Étude sur les conventions immorales*, Paris, Rousseau, 1900, 134

⁸³ App. Paris, 5 avril 1900, in *Sirey* 1900, 2, 144: «*un tel contrat ne saurait être considéré comme étant sans cause, ou comme ayant une cause fausse ou illicite; il doit donc produire tous ses effets*».

Già alla fine dell'Ottocento aveva riscosso ampi consensi in una parte della dottrina una scuola di pensiero, cosiddetta «sociologica», legata in particolare agli studi filosofici di Lucien Lévy-Brühl⁸⁴, che riteneva che la morale fosse identificabile attraverso una osservazione meramente fattuale della prassi e delle opinioni diffuse nella società. Come si è avuto modo di notare, alcuni maestri della scuola dell'esegesi facevano trasparire nei loro scritti l'attrattiva verso la teoria sociologica. Sia Laurent che Larombière avevano adottato, rispetto alla nozione di buon costume, una visione completamente opposta a quella in voga fra i primi commentatori del Code civil, attraverso i riferimenti alla «*morale que la conscience générale accepte*» e alle «*bonnes moeurs publiques*». Veniva consolidandosi l'idea delle *bonnes moeurs* come «*notions variables évidemment dans le temps et dans l'espace*»⁸⁵.

La più compiuta applicazione della concezione sociologica alle *bonnes moeurs* come limite all'autonomia privata è dovuta a René Demogue. Il criterio di riferimento per il diritto in materia di buoni costumi doveva essere, per Demogue, quello accettato dalla pluralità dei consociati. I buoni costumi, cioè, non si determinano a partire da un ideale religioso o filosofico, ma dai fatti e dall'opinione comune⁸⁶.

Demogue non attinge ad alcuna tradizione religiosa per individuare il concetto di buon costume. Senza nulla concedere ad un ordine superiore, sia esso filosofico o religioso, l'autore si affida, per approvare o disapprovare gli atti, a due strumenti: le leggi e i costumi.

Occorre guardare all'opinione comunemente accolta, e a questa soltanto, per recuperare la nozione di *bonnes moeurs*. È l'opinione che crea i buoni costumi, il diritto non deve far altro che assecondare l'opinione generale. Come afferma Demogue, il diritto «*se constitue et se modifie lentement suivant la pensée générale du public*»⁸⁷.

Demogue affida la nozione di buon costume esclusivamente all'opinione pubblica e giunge ad affermare che «*seront donc valables des actes en eux-mêmes à désapprouver si l'opinion publique ne les condamne pas*»⁸⁸.

Un atto è da considerare valido quando l'opinione pubblica non

⁸⁴ Cfr. LEVY-BRÜHL, *La morale et la science des mœurs*, 8 ed., Paris, Felix-Alcan, s.d., 129 ss.

⁸⁵ BAUDRY LACANTINERIE e HOUQUES-FOURCADE, *Traité de droit civil*, T. I, *Des personnes*, Paris, Larice & Tenin, 1907, n. 268 e ss.

⁸⁶ DEMOGUE, *Traité des obligations en général, Sources des Obligations*, T. I, Paris, Rousseau, 1923, 30: «*Les bonnes moeurs ne se déterminent pas d'après un idéal religieux ou philosophique, mais d'après les faits et l'opinion commune*».

⁸⁷ DEMOGUE, *op. cit.*, n. 395, 614.

⁸⁸ *Ibidem*.

lo condanna, anche se fosse di per sé deplorabile, perché è l'opinione che crea la regola morale.

È interessante notare che in quest'ultimo passaggio Demogue da un lato esprime la radicalità della sua posizione, che fa discendere i buoni costumi dall'opinione comune *tout court*, senza edulcorarla o selezionarla; dall'altro rivela che la sua impostazione non implica necessariamente un radicale relativismo etico: egli ammette che ci siano atti «in sé stessi da disapprovare». Un giudizio morale non fondato sull'opinione comune non è dunque impossibile, è semplicemente irrilevante sul piano giuridico.

Demogue intende dunque sostituire alla morale lo studio dei costumi, riducendo la funzione del diritto in materia di *bonnes moeurs* alla semplice osservazione e alla ricezione dello sviluppo dei costumi accettati dall'opinione comune.

La strada tracciata da Demogue fu accolta e percorsa anche dalla dottrina immediatamente successiva. Secondo Josserand, «*le législateur adopte une formule suffisamment souple, pour se plier aux besoins, à la moralité, voire au préjugés du moment*»⁸⁹.

Planiol, sulla stessa scia, lamentando il rischio di affidare al giudice poteri troppo ampi, attraverso gli articoli 6 e 1133, parla di «una corrente generale di idee che disciplina la morale di un popolo»⁹⁰. Per Planiol il richiamo alla opinione pubblica corrente è un antidoto al rischio di aprire la strada alle opinioni personali dei giudici. Il potere del giudice di dichiarare nullo un contratto immorale, se esercitato da «*moralistes... rigides*» o da «*esprits sectaires*», potrebbe essere una minaccia per la libertà civile. L'unico contrappeso possibile è «*l'opinion... nécessaire*»⁹¹. Perduta la fiducia nella possibilità di dedurre la regola della morale universale sulla base della ragione, la concezione sociologica diventa l'unica possibile difesa di una morale che non corrisponde alle imposizioni settarie. Per la maggior parte della dottrina, dunque, «è contrario al buon costume tutto ciò che l'opinione dominante considera tale, in un preciso momento storico»⁹².

La teoria sociologica di Demogue ha contribuito a segnare un punto di non ritorno per la dottrina francese successiva. Da allora in poi, si discute semmai sulla autonomia e sulla stessa opportunità della nozione delle *bonnes moeurs*, ma resta saldamente dominante l'idea che, ammesso che esistano, esse sono da ricondursi alle concezioni

⁸⁹ JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Paris, Sirey, 1930, T. II, n. 134.

⁹⁰ PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T. I, 7. ed., Paris, LGDJ, Pichon e Durand-Auzias, 1915, n. 294.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² BEUDANT, *Cours de droit civil*, T. I, 2 ed., Paris, Rousseau, 1934-1936, n. 209.

morali correnti in una data società, senza alcun richiamo a concezioni giusnaturalistiche o a una morale trascendente.

Significativo, fra gli autori recenti, è sicuramente Jean Carbonnier, il quale definisce i buoni costumi come parte del costume, e caratterizza la qualificazione «buoni» in senso sociologico: «*les bonnes moeurs ne sont qu'un aspect de la coutume, et si la loi les qualifie de bonnes, c'est qu'elle entend que le juge ait seulement égard à celle des bonnes gens (major pars et senior de la nation)*». Non v'è dubbio, per l'autore, che essi possano essere considerati regole morali, ma – precisa – in un senso sociologico: «*règle des moeurs sans moralité, sans flamme intérieure*», senza alcuno slancio trascendentale e, perciò, eminentemente variabili⁹³.

Analogamente un'altra dottrina afferma: «*cette morale, saisie notamment à travers la notion de bonnes moeurs, loin d'exprimer une éthique transcendante de valeur universelle et immuable, n'est au fond que la coutume du plus grand nombre, donc une notion sociologique dépourvue de contenu moral*»⁹⁴.

Ma questa è l'impostazione assolutamente prevalente nella letteratura francese. Ghestin definisce le *bonnes moeurs* come «*la pratique généralement suivie (...) constatée sous forme d'enquêtes sociologiques de comportement*»⁹⁵. Terré e Simler parlano di una nozione instabile, che evolve con l'evolversi della rappresentazione che ogni società si dà su ciò che ritiene fondamentale; in definitiva «*il semble qu'on puisse définir les bonnes moeurs comme les règles de morale sociale considérées comme fondamentales pour l'ordre même de la société*»⁹⁶; ne discende che i buoni costumi sono diversi a seconda che si trovino ad operare in una società rigorista, ovvero in una società permissiva. A confermare tale dato è soprattutto la giurisprudenza comunitaria, che in una pluralità di casi ha riconosciuto che ogni stato membro è portatore di una propria autonoma concezione di moralità pubblica⁹⁷.

⁹³ CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 17 ed., Paris, PUF, 1993, §18, 52: «*Ce sont de coutumes, spécialement celles de la vie sexuelle en un lieu et un temps donnés – règles morales, si l'on veut, mais au sens sociologique, règle des moeurs sans moralité, sans flamme intérieure (ce qui explique qu'en contraste avec l'éthique transcendante, que l'on conçoit universelle et immuable, les bonnes moeurs soient éminemment variables)*».

⁹⁴ Cfr. OPPETIT, *Ethique et vie des affaires*, in *Mélanges A. Colomer*, Paris, Litec, 1993, 319 e ss.

⁹⁵ GHESTIN, *Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 1980, 79, §112.

⁹⁶ TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 7 ed., Paris, Dalloz, 1999, 357.

⁹⁷ *Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea*, art. 36 (ex art. 30 TCE), in «Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea», C 115/47, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=C:2008:115:0047:0199:it:PDF>: «*Le disposizioni degli ar-*

In questo senso il contenuto della moralità pubblica rimane una prerogativa di ciascuna società nazionale, che potrà «*déterminer les exigences de la moralité publique sur son territoire, selon sa propre échelle de valeurs et dans la forme qu'elle a choisie*»⁹⁸.

7. *Le bonnes moeurs nella teoria idealista di George Ripert*

Nel panorama che si è delineato nell'ultimo paragrafo, spicca una voce fuori dal coro. Essa appartiene ad uno studioso eminente, che ha dedicato tutta la sua attenzione al problema in questione, cioè alla natura del buon costume. Le sue riflessioni, che lo impegnarono per lunghi anni, sono consegnate in un'opera classica, che sia pure per essere spesso criticata è rimasta un punto di riferimento importante per la letteratura successiva. Si tratta di George Ripert che ci ha lasciato *La règle morale dans les obligations civiles*.

Contemporaneo di Demogue, Ripert ha legato al suo nome una concezione dei buoni costumi idealista⁹⁹ e trascendente, costruita su premesse opposte a quelle finora illustrate, che è rimasta nettamente minoritaria nel dibattito culturale francese (e ha avuto, come vedremo, un più largo seguito in altri contesti¹⁰⁰).

ticoli 34 e 35 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri».

⁹⁸ La definizione dell'ordine pubblico e della moralità pubblica appartiene agli Stati membri, cfr. CJCE 9 décembre 1997, Commission/France (C-265/95, Rec.I-6959). Nella sentenza Regina c. Henn et Darby, 14 dicembre 1979, Causa 34/79, in Raccolta della giurisprudenza 1979 pagina 03795, il giudice dichiara: «Ai termini dell'art. 36 del Trattato, le disposizioni relative alla libera circolazione delle merci nell'ambito della Comunità non ostano ai divieti d'importazione giustificati, fra l'altro, "da motivi di moralità pubblica". Spetta in linea di principio a ciascuno Stato membro determinare gli imperativi della moralità pubblica nell'ambito del proprio territorio in base alla propria scala di valori e nella forma da esso scelta. Di conseguenza, non si può contestare che le norme di legge applicate dal Regno Unito per quanto riguarda l'importazione di oggetti di natura indecente od oscena rientrano nella facoltà riservata agli Stati membri dal primo inciso dell'art. 36».

⁹⁹ Di teoria idealista, a proposito di Ripert, parla LE TOURNEAU, *op. cit.*, 142 (e poi altri sulla sua scia, ad esempio, TERRÈ, SIMLER e LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 1999, 349; MALAURIE-AYNÈS, *Cours de droit civil, Obligations, contrats, et quasi contrats*, Paris, Cujas, 2001/2002, 157).

¹⁰⁰ Si veda in questo volume, Cap. III, 61 e ss.

La règle morale dans les obligations civiles è dedicata più in generale al rapporto tra la morale e il diritto, e propone una lettura dei «buoni costumi» e dei criteri di valutazione per determinare la liceità o l'illiceità dei negozi antitetica a quella sociologica di Demogue.

Ripert si erge a difensore della tradizione cristiana, che ha inteso le società (occidentali) dei suoi valori, e pone questa tradizione come espressione della società e fonte extra giuridica di valutazione di ciò che è conforme a buon costume e ciò che non lo è. Per individuare i criteri con cui valutare la moralità o immoralità di un atto occorre quindi rinviare ai valori della tradizione cristiana. Anch'egli, dunque, come Demogue, afferma che il buon costume è da ricercare al di fuori della sfera del diritto, e cioè nella società; ma il giurista non può dimenticare che il diritto si applica ad una società umana, fondata sulla morale cristiana.

Le regole imposte da tale morale sono volte non solamente «ad assicurare il rispetto del prossimo ma anche a perfezionare l'anima dei soggetti cui si rivolgono»¹⁰¹. La società umana è dunque basata sulla morale cristiana, e tale morale svolge anche una funzione di «miglioramento dell'animo»¹⁰² dei singoli all'interno della società. In questo senso, Ripert, non meno di Demogue, ritiene che il buon costume sia da ricercare al di fuori della sfera del diritto, nella società. Il diritto non può disinteressarsi di queste regole che, al pari delle norme giuridiche, governano i rapporti fra gli uomini; com'egli stesso afferma: «*C'est un code très précis des devoirs de l'homme envers Dieu, envers les autres et envers lui-même. L'observation de ces règles morales ne triomphe qu'avec peine, tant elles heurtent les intérêts privés et l'égoïsme naturel de l'homme. La civilisation augmente dans la mesure où elles triomphent. Comment le droit pourrait-il se désintéresser de règles qui, comme les règles juridiques, gouvernent les rapports des hommes?*»¹⁰³.

Secondo l'autore «si è reso necessario che la morale cristiana venisse a disciplinare gli istinti egoisti che ciascun uomo esercita quando entra in rapporto con gli altri uomini, per far comprendere che lo scopo non è in questo mondo, e per annunciare che il prossimo è fatto ad immagine di Dio»¹⁰⁴. Ora, dal momento che questa morale si è diffusa nel mondo, pare pacifico ed anche inevitabile per Ripert che essa faccia il suo ingresso nel diritto, modificando la disciplina delle obbligazioni¹⁰⁵.

¹⁰¹ RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1925, 28.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ RIPERT, *op. cit.*, 33.

¹⁰⁵ Cfr. RIPERT, *op. cit.*, 33.

Così come pare assurdo, al mondo d'oggi, imporre la norma giuridica in nome della morale religiosa, altrettanto irragionevole sarebbe per Ripert negare che alcune norme trovino il loro unico fondamento plausibile nella regola morale; la quale a sua volta, non avrebbe una valida giustificazione all'infuori di una concezione del mondo religiosa. Il giurista non si limita ad essere «*le technicien habile qui rédige ou explique avec toutes les ressources de l'esprit des textes de loi*» ma si deve sforzare «*de faire passer dans le droit son idéal moral, parce qu'il a une parcelle de la puissance intellectuelle, il doit utiliser cette puissance en luttant pour ses croyances*»¹⁰⁶.

A partire da queste considerazioni Ripert denuncia l'insufficienza del metodo proposto dalla teoria sociologica. Investita del compito di fornire i dati necessari all'elaborazione tecnica delle regole di diritto, la sociologia non è riuscita nell'intento di far emergere un'unica regola in grado di imporsi al legislatore; e come potrebbe riuscirvi, d'altra parte, se pretende di basare il diritto solo sui fatti?¹⁰⁷

Nei confronti di coloro che sostengono una concezione sociologica dei «buoni costumi», l'autore afferma che in tal modo essi manifestano la loro debolezza, dal momento che «*hésitent à donner une définition; ils s'en rapportent à l'opinion dominante; ils admettent la nature variable et contingente de la règle; ils estompent son caractère ferme et obligatoire pour la rendre plus acceptable*»¹⁰⁸. Ripert osserva come non ci si può accontentare di dichiarare che «*l'ordre public et les bonnes moeurs sont des notions variables dans le temps et dans l'espace*»¹⁰⁹, senza precisare il contenuto della nozione neppure nel proprio tempo e nel proprio spazio.

L'autore, avverso a un atteggiamento di cieca fiducia nell'opinione dominante, offre una lettura «più nobilitante» delle regole di illiceità degli atti negoziali. Egli infatti crede e sostiene che «*la répétition de l'acte immoral ne le rend pas licite parce que l'immoralité devient coutumière. L'assentiment général n'est souvent que l'accoutumance au vice. La pitoyable consécration d'une pratique par une opinion égarée ne la légitime pas*»¹¹⁰. Secondo Ripert, il ricorso alla conce-

¹⁰⁶ RIPERT, *op. cit.*, 29.

¹⁰⁷ La citazione è tratta dall'edizione del 1949; cfr. RIPERT, *La règle morale*, 4 ed., Paris, LGDJ, 1949, 30: «*La sociologie n'a pas réussi à dégager une seule loi générale qui puisse s'imposer à un législateur! Comment aurait-elle pu le faire puisqu'elle prétend baser le droit sur des faits?*».

¹⁰⁸ RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1925, *op. cit.*, 70.

¹⁰⁹ BAUDRY LACANTINERIE e HOUQUES-FOURCADE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des personnes*, I, Paris, Larice & Tenin, 1907, § 268.

¹¹⁰ RIPERT, *op. cit.*, 1925, 70.

zione sociologica rivela molto semplicemente che i giuristi hanno paura che la regola morale s'imponga nel mondo giuridico e si riveli superiore alla legge, dal momento che in tal modo la morale «giocherebbe» un ruolo normativo e potrebbe minacciare contratti che soddisfano tutte le condizioni imposte dalle leggi civili¹¹¹.

Tuttavia, gli stessi redattori del *Code* non han potuto fare a meno di richiamare la nozione di buoni costumi, per limitare l'espansione dell'autonomia privata. La presenza di tale richiamo è sufficiente a provare che il legislatore è cosciente della necessità di ricorrere alla regola morale per completare le regole normative create dal diritto¹¹².

Ripert critica chi, come Huc, non concepisce l'esistenza di regole morali fuori dalle leggi positive¹¹³, e dichiara quella posizione «insostenibile, perché i giudici collocano la causa immorale accanto alla causa illecita»¹¹⁴, dando ad essa un posto distinto e autonomo.

Nell'esercizio dei suoi poteri il giudice non si accontenta di constatare i fatti, li qualifica. La funzione dei giudici è quella di essere i censori delle passioni umane, non i loro servitori; la moda, afferma l'autore, non fa la giustizia. Non si nega affatto l'esistenza di uno spazio d'incertezza nell'individuare e riconoscere l'ideale morale, ma proprio per questo Ripert insiste sull'assoluta importanza del ruolo del giudice, che consiste proprio nel «liberare» una regola rimasta oscura e imprecisa. I giudici hanno il dovere di mantenere vive e operanti quelle regole che lunghi secoli di morale cristiana hanno imposto alla società e che essi sono incaricati di difendere¹¹⁵.

L'autore porta a sostegno della sua tesi il panorama della società contemporanea, osservando che molti dei credenti che formano la società non si possono definire effettivamente tali, in quanto non difendono i valori cristiani, mentre vi sono individui che, sebbene non si identifichino come tali, lottano per il trionfo di una certa idea di morale, quella appunto scaturente dalla tradizione cristiana. D'altronde, laddove il diritto si muove per rafforzare il dovere di soccorso fra i coniugi, per disciplinare la protezione del fanciullo, per vietare il contratto immorale, non fa altro che seguire e realizzare i valori della morale cristiana¹¹⁶. Ripert neanche si interroga sull'ipotesi

¹¹¹ Cfr. RIPERT, *op. cit.*, 1925, 70.

¹¹² RIPERT, *op. cit.*, 1925, 39.

¹¹³ HUC, *op. cit.*, I, n. 197.

¹¹⁴ RIPERT, *op. cit.*, 1925, 67.

¹¹⁵ RIPERT, *op. cit.*, 1925, 71: «*Les tribunaux qui se trouvaient en présence des faits et devant qui défilaient des êtres mus par des motifs lamentablement vils, avaient le devoir de maintenir la règle que de longs siècles de morale chrétienne ont imposée à la société et qu'ils sont chargés de défendre*».

¹¹⁶ RIPERT, *op. cit.*, 1925, 30.

di una pluralità di concezioni della morale all'interno di una stessa società. La morale sociale è una morale ben determinata e quasi ovvia, è la morale proveniente dalla tradizione cristiana¹¹⁷.

¹¹⁷ RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., 1925, 28: «Le juriste ne peut oublier que le droit s'applique à une société fondée sur la morale chrétienne. Cette morale, par sa conception particulière des fins de l'homme en ce monde, impose une série de règles qui tendent pas seulement à assurer le respect du prochain, mais aussi à perfectionner l'âme. C'est un code très précis des devoirs de l'homme envers Dieu, envers les autres et envers lui-même. L'observation de ces règles morales ne triomphent avec peine, tant elles heurtent les intérêts privés et l'égoïsme naturel de l'homme».

CAPITOLO II

La clausola del buon costume nella dottrina italiana

SOMMARIO: 1. La ricezione della nozione del buon costume nel Codice civile del 1865. – 2. L'esperienza tedesca e la sua influenza sulla dottrina italiana. – 3. Il buon costume nella teoria sociologica di Francesco Ferrara. – 4. Una voce fuori dal coro: la concezione del buon costume in Alberto Trabucchi.

1. *La ricezione della nozione del buon costume nel Codice civile del 1865*

Nell'Italia pre unitaria i codici italiani recepiscono i riferimenti al buon costume secondo il modello legale del Code Napoléon, e a tale modello resterà fedele anche il successivo codice unitario che entrerà in vigore il 1 gennaio 1866¹.

In perfetta consonanza con il codice civile francese, il legislatore italiano del 1865 ripropone, con la stessa diversità di formulazione, il contenuto degli articoli 6 e 1133 del Code Napoléon negli artt. 12 delle Preleggi² e 1122 c.c.³, che esige, fra i requisiti essenziali per la validità di un contratto, una causa lecita per obbligarsi.

Va osservato che se è vero che il modello francese è stato senz'altro recepito in Italia, è altrettanto vero che fu recepito soprattutto come modello legislativo; le leggi e i codici emanati in Italia (prima quelli degli Stati preunitari, poi quello del Regno d'Italia) ricalcavano le leggi e il Codice francesi. Si comprende allora perché in un primo momento anche la dottrina italiana, essendo ben consapevole di quanto

¹ Cfr. GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padova, CEDAM, 1974.

² «In nessun caso le leggi, gli atti, e le sentenze di un paese straniero e le private disposizioni e convenzioni potranno derogare alle leggi proibitive del regno che concernano le persone, i beni o gli atti, né alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico e il buon costume».

³ Ai sensi dell'articolo 1122 la causa è illecita quando è contraria alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico.

il diritto positivo italiano fosse copiato da quello francese, si adagiava volentieri a considerare come fonte autorevole i commenti della dottrina francese⁴.

A differenza degli esegeti francesi, la scuola esegetica italiana non si può considerare una dottrina progressiva, capace di promuovere l'adozione di soluzioni innovative; essa pareva, al contrario, «appiat-tirsi» sulla lettera della legge.

Nelle pagine degli esegeti italiani che hanno scritto all'indomani dell'entrata in vigore del Codice, la nozione di buon costume non è minimamente problematizzata, ci si limita per lo più a un richiamo alla legge accompagnato dai consueti esempi del traffico di influenza, del patto *ne dolus praestetur*, del patto di quota lite tra il difensore e il cliente, del contratto di prossenetico matrimoniale, del contratto di *claque*, del patto con cui si stabilisce un compenso alla concubina, degli accordi fra medico e farmacista, ecc.⁵. Non si può negare che, nella storia del nostro problema il contributo degli esegeti veri e propri – si pensi a Ricci, Pacifici-Mazzoni, Borsari, Bianchi – è davvero minimo.

Sulla clausola del buon costume, degno di nota è in particolare un passo di Giorgi, peraltro citato con approvazione anche da autori recenti⁶, in cui è esplicitamente esclusa la necessità della definizione di un concetto saldamente posseduto. Giorgi nel 1876 scrive: «parlando delle prestazioni illecite, perché contrarie all'ordine pubblico o al buon costume, noi non cominceremo dalla definizione» poiché «nessuno sentirà il bisogno di essere ammaestrato sul senso della parola buon costume»⁷. Definire queste parole, secondo l'autore, non porterebbe alcun profitto, dal momento che il loro significato è «di per sé apertissimo all'intelligenza di tutti»⁸. In questo modo Giorgi aggira l'ostacolo della definizione della nozione di buon costume affermando l'inutilità di una simile ricerca, accontentandosi «di stabilire il principio da cui devono essere guidati i passi del giu-reconsulto, quando si fa a ricercare, quali sono le prestazioni prese

⁴ Cfr., GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padova, CEDAM, 1974, 48 e ss.

⁵ Cfr. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, T. VI, Torino, UTET, 1907, 56-57; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, T. II, Firenze, Cammelli, 1876, 523 e ss; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 3 ed., T. IV, Cammelli, Firenze, 1886, 101.

⁶ GUARNERI, voce *Ordine pubblico*, in *Digesto disc. priv.*, 4 ed., Torino, UTET, 1995, 155.

⁷ GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, T. II, Firenze, Cammelli, 1876, 519.

⁸ *Ibidem*.

in mira dal legislatore come contrarie al buon costume»⁹. Questo principio «consiste nel rintracciare quelle prestazioni, le quali eseguite ferirebbero il sentimento morale»¹⁰. A partire da tali premesse non sorprende che il metodo proposto dall'autore per «fissare l'idea delle prestazioni contrarie ai buoni costumi e all'ordine pubblico sia di scendere nella materialità» e, astenendosi da precetti teorici, «esaminare le fattispecie più notevoli, dove la dottrina e la giurisprudenza hanno ravvisato la prestazione illecita»¹¹. È opinione comune considerare il buon costume quale concetto avente «un carattere più certo e definito, perché si rispecchia nella coscienza generale e ha una guida nel sentimento morale»¹². La certezza della nozione di buon costume deriverebbe insomma proprio dalla sua natura pregiudiziale, che la apre al sentimento morale, senza bisogno di definizioni astratte.

Lo stesso Giorgi, peraltro, mostra di aderire a quella concezione del buon costume come espressione di una morale eterna e universale che abbiamo visto prevalere anche in Francia fra i redattori del Codice civile e i suoi primi commentatori. Secondo il giurista fiorentino, «siccome il buon ordinamento del costume dipende dal Codice della morale, e siffatto Codice eterno ed universale sancisce le medesime regole in tutti i tempi e in tutti i luoghi, ragion vuole, che le prestazioni contrarie al buon costume siano sempre e dappertutto le medesime»¹³.

Giorgi sottolinea invece «la variabilità maggiore» delle proibizioni dipendenti dall'ordine pubblico, rispetto a quelle dipendenti dal buon costume¹⁴. Le disposizioni di ordine pubblico sono «informate dal principio contingente e mutabile della convenienza politica, sociale ed economica»¹⁵.

Gli interpreti italiani tengono comunque ferma la distinzione tra buon costume e ordine pubblico. Su questo punto è però interessante segnalare una voce difforme, che (sulla scorta di argomentazioni non dissimili a quelle già emerse nel dibattito antecedente al-

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ GIORGI, *op. cit.*, 520.

¹¹ GIORGI, *op. cit.*, 521.

¹² FERRARA F., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, SEI, 1914, 55.

¹³ GIORGI, *op. cit.*, 522.

¹⁴ Sulla natura mutevole dell'ordine pubblico, si veda anche MOTTA, *La causa delle obbligazioni nel diritto civile italiano*, Torino, Fratelli Bocca, 1929, 267: «Il concetto di ordine pubblico, oltre ad essere mutevole e contingente, resta per natura sua del tutto indeterminato e generico».

¹⁵ *Ibidem.*

l'entrata in vigore del Codice civile francese) proponeva una sostanziale riconduzione del buon costume alla legge, o almeno ai principi ricavabili dalle leggi. Anche in Italia, come già in Francia, era ovvia una «disarmonia» fra la locuzione dell'art. 12 delle preleggi e quella dell'art. 1122: per quanto riguarda l'oggetto della convenzione, il Codice parlava di contrarietà a *leggi riguardanti il buon costume* (art. 12 disp. prel.), «mostrando così di prenderlo in considerazione solo in quanto le sue norme siano particolarmente consacrate in una legge»¹⁶.

Un autore ha proposto di ricondurre ad armonia le due norme attraverso la lettura congiunta degli articoli 6 e 1133 del *Code civil français* (e dei corrispondenti articoli del codice italiano). Secondo questa dottrina sia l'art. 6 che l'art. 1133 del Code Napoléon fanno entrambi riferimento a regole di buon costume consacrate nelle leggi e parlano esplicitamente di «prestazioni contrarie alle leggi concernenti i buoni costumi»¹⁷. Se una contraddizione fra le due disposizioni esiste, dunque, può ravvisarsi solo nelle parole, e non nei concetti dei due articoli in esame. Ma, anche quando «si dovesse ammettere una contraddizione nelle idee del legislatore, e non solo nelle sue parole, talché si dovesse scegliere tra l'una e l'altra disposizione» la scelta dovrebbe senz'altro ricadere su «quella disposizione che è più consentanea al principio (...) che toglie completamente la decisione all'arbitrio del magistrato»¹⁸, e quindi, sull'art. 6.

In verità, lo stesso autore poi ridimensiona la portata delle sue affermazioni, e ammette che non si possono ritenere illeciti solo quei contratti che urtano contro una «esplicita disposizione di legge»¹⁹; tuttavia egli insiste sulla necessità di individuare il criterio per desumere l'immoralità della prestazione di un contratto «almeno dal principio informatore di un determinato ordine di leggi»²⁰. In questo modo in sostanza il buon costume è «giuridicizzato» e ricondotto sostanzialmente ai principi informatori delle norme, mentre sfuma la

¹⁶ LONGO, «*Del contratto immorale e del mandato ad esso relativo*», in *Giur. it.*, 1901, I, 96.

¹⁷ PRESUTTI, «*Alcune idee intorno alla causa della obbligazione nei contratti*», in *Giur. it.*, 1889, 36.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ PRESUTTI, *op. cit.*, 50. L'autore afferma quindi che «il criterio per giudicare della illiceità di un contratto deve desumersi da una esplicita disposizione di legge, od anche dal principio informatore di un determinato ordine di leggi, quando questo principio da esse possa indursi non dubbio».

differenza tra buon costume e ordine pubblico. Tali tesi, però, restarono nettamente minoritarie²¹.

2. L'esperienza tedesca e la sua influenza sulla dottrina italiana

La cultura giuridica italiana, alla fine dell'Ottocento, avvia un dialogo fitto con quella tedesca, che ne segnerà profondamente il metodo e le costruzioni concettuali.

Sul nostro tema, la grande Pandettistica non si discosta radicalmente da quelle impostazioni che abbiamo incontrato nell'ambiente franco-italiano. La nullità dei contratti immorali – a fianco di quelli contrari alla legge – non è messa in discussione.

Dernburg dà per scontato che «nulli sono anche i negozi immorali – *contra bonos mores*»; Windscheid reputa nulle le dichiarazioni di volontà «che per il loro contenuto si pongono in contraddizione coi precetti della legge morale»²² o «contro la morale». Ciò si verifica se «il contratto è diretto a provocare o a favorire ciò che è vietato, o ad impedire ciò che è comandato; inoltre se per esso si mira ad influire sulla libertà della decisione in cose nelle quali l'uomo non deve lasciarsi determinare da motivi esteriori; finalmente il contratto può essere immorale anche a causa della biasimevolezza dell'intento, che da esso traluce»²³.

L'illiceità (per contrarietà alla legge o alla morale) è spesso configurata come un'impossibilità non materiale ma giuridica²⁴.

È interessante notare che, mentre Arndts, parifica alle condizioni impossibili le condizioni immorali o turpi (*condictio ob turpem causam*)²⁵, Savigny ribadisce che se è vero che tutto ciò che è contrario

²¹ Nel senso prevalente, cfr., ad esempio, LONGO, *op. cit.*, 96.

²² WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, Torino, UTET, 1930, 262, § 81.

²³ WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, II, Torino, UTET, 1930, 218, § 314.

²⁴ Cfr. SAVIGNY, *Le obbligazioni*, vol. II, trad. Giovanni Pacchioni, Torino, UTET, 1915, 262; ARNDTS, *Le Pandette*, vol. I, trad. Filippo Serafini, parte I, 4 ed., Bologna, Tipografia Fava e Garagnani, 1882, §72 «Delle condizioni impossibili ed illecite in particolare», 231.

²⁵ ARNDTS, *op. cit.*, 231: «Alle condizioni impossibili in istretto senso sono parificate quanto agli effetti quelle, per cui, se anche la volontà così condizionata potesse costituire un diritto, alcuno conseguirebbe un vantaggio o eviterebbe un danno, commettendo una azione illecita od immorale, o non compiendo quelle imposte dal diritto o dalla morale, in guisa da rendere necessarie azioni od omissioni illecite od immorali. Tali condizioni diconsi impossibili moralmente o illecite (*conditiones turpes*); non importa però che il fatto positivo o negativo costituente la condizione sia illecito in sé, ma importa piuttosto che per esso la dichiarazione condizionata di volontà divenga illecita. Deve dirsi lo stesso di quelle condizioni che on sé non mi-

al diritto è contrario alla morale, non è vero il contrario; e delinea nelle pagine del trattato sulle obbligazioni la distinzione tra un atto impossibile materialmente ed un atto materialmente possibile ma considerato dal punto di vista giuridico, come impossibile²⁶. A questa seconda specie appartengono gli atti immorali.

Alla fine dell'Ottocento anche nella dottrina tedesca emerge una concezione marcatamente relativista e storicista della morale sociale con cui si identifica il buon costume²⁷, non troppo dissimile da quella che abbiamo incontrato parlando di autori francofoni come Laurent e Demogue: la morale non deve essere una morale ideale, vagheggiata dai filosofi, ma una morale pratica, reale, riconosciuta nella vita dei fatti²⁸; ne consegue che il giudizio sulla moralità o immoralità di un contratto è una *quaestio facti*²⁹. Le pagine degli autori tedeschi influenzeranno gli autori italiani del primo Novecento, ed in particolare Francesco Ferrara, di cui parleremo fra breve.

Se, anche su questo tema, la cultura italiana si ispira ai modelli tedeschi, tuttavia l'approvazione del BGB segna certamente un distacco, a livello del formante legale, tra la Germania e la tradizione franco-italiana. Infatti i codificatori tedeschi non hanno accolto la novità elaborata dal legislatore francese, mantenendosi fedeli ad un modello bipartito e non introducendo, a fianco della legge e dei buoni costumi, la clausola dell'ordine pubblico.

Occorre notare che durante i lavori preparatori del BGB, si era contemplata l'inserzione della nozione dell'ordine pubblico (in particolare nel § 106 del Progetto), ma a causa della netta avversione di Otto von Gierke, il richiamo all'ordine pubblico fu escluso nella re-

rano ad un atto illecito o immorale, ma possono assumere un carattere colposo perché aggiunte ad un dato negozio giuridico, onde si chiamano anch'esse condizioni impossibili moralmente od immorali (*turpes conditiones*), sia pure che non abbiano sempre gli stessi effetti. Una condizione che contraddica all'atto principale trae seco la nullità di tutta la disposizione».

²⁶ SAVIGNY, *op. cit.*, 262: «Un atto può essere impossibile materialmente o giuridicamente. Un atto contrario al diritto o alla morale è in sé materialmente possibile, ma, specie per ciò che concerne le obbligazioni, va dal punto di vista giuridico, considerato come impossibile. (...) La prima regola è che ogni obbligazione impossibile è nulla, senza distinzione fra questa e quella specie di obbligazione, e senza riguardo alla conoscenza o meno che di tale impossibilità avessero le parti. Questa regola trova applicazione in tutte le stipulazioni in cui si promette di dare o fare una cosa impossibile, e particolarmente in quelle che siano soggette a una condizione impossibile, o che contengano una promessa di atti contrari alla legge o al buon costume».

²⁷ Cfr. per tutti LOTMAR, *Der unmoralische Vertrag, insbes. nach gemeinem Recht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1896

²⁸ LOTMAR, *op. cit.*, 90, 92, e 94-95.

²⁹ LOTMAR, *op. cit.*, 90.

dazione definitiva del BGB, in quanto essa avrebbe aperto spazi troppo ampi alla discrezionalità del giudice³⁰.

Questa scelta legislativa finì per influenzare la stessa individuazione del significato del buon costume. Gli interpreti non potevano che ricondurre alla problematica dei *gute Sitten* aspetti che, nel sistema di codice civile italiano e francese, erano ricondotti al principio dell'ordine pubblico; ciò era favorito, d'altronde, dall'idea che «i *gute Sitten* non dovessero tanto esprimere i principî della morale assoluta o teoretica, ed in particolare cristiana, quanto la *Rechtsmoral* e cioè l'adattamento giuridico alla morale»³¹. Sembra, quindi, che in Germania la situazione dei *gute Sitten* sia rovesciata rispetto alle evoluzioni subite dalla clausola del buon costume nel modello francese e (successivamente) anche in quello italiano, in quanto all'interno del buon costume rientra l'ordine pubblico: la nozione di buon costume può assicurare l'ordine della società che protegge la libertà del singolo e i bisogni della società. La regola di buon costume nei paesi germanici, «dotata di una notevole forza di espansione, si rivela capace di assorbire la totalità delle funzioni svolte dalla regola di ordine pubblico dei paesi latini, finendo così per vietare tutte le convenzioni illecite non espressamente proibite dalla legge scritta»³².

Come si è detto, anche sui buoni costumi la cultura italiana subisce in modo forte l'influenza della letteratura tedesca; e forse anche in questo modo si spiega la tendenza all'«ampliamento della categoria delle convenzioni immorali fino a comprendere casi di convenzioni contrarie alla libertà economica individuale. In questa giurisprudenza germanizzante l'ossequio al modello straniero si spinge tanto avanti da preferire alla regola di ordine pubblico la regola di buon costume»³³ (quasi dimenticando che la clausola dell'ordine pubblico avrebbe aperto ben più facilmente una diversa strada).

Gli italiani restano però fedeli alla tradizione tripartita; questa tradizione è anzi esplicitamente difesa dalla dottrina italiana.

Se i giuristi tedeschi hanno «rifiutato» l'espressione ordine pubblico, ritenuta «pericolosa», vista la sua eccessiva generalità; «la dizione del legislatore italiano nel complesso risultante dalla logica combinazione delle tre categorie delle leggi proibitive, del buon costume,

³⁰ Sui lavori preparatori al BGB cfr.: MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum BGB für das deutsche Reich*, I, Berlin, Aalen, 1899, 725; SALEILLES, *De la déclaration de volonté: contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand: art. 116 a 144*, Paris, LGDJ, 1929, 269-291.

³¹ FERRI, voce *Buon costume*, in *Enc. Giur.*, V, Roma, 1988, 2.

³² GUARNERI, voce *Buon costume*, in *Digesto Disc. Priv.*, 4 ed., Torino, UTET, 1988, 123.

³³ GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti nel diritto civile*, cit., 59.

dell'ordine pubblico, le quali si soccorrono e completano a vicenda»³⁴, resta preferibile «perché più adatta a comprendere tutto ciò che è inammissibile nell'ordine giuridico»³⁵.

3. *L'individuazione del buon costume nella teoria sociologica di Francesco Ferrara*

Con la fine del XIX secolo anche in Italia, come già in Francia ed in Germania, i richiami al buon costume come espressione di un Codice della natura, universale ed eterno, di chiara impronta giusnaturalistica, vengono sostituiti da un atteggiamento storicista, che sottolinea la mutevolezza della morale, come espressione di un dato tempo e di una data società. Gli italiani arrivano a questi risultati sulla scia degli autori tedeschi, ma il cambiamento forse era nell'aria.

Emblematico è un breve scritto di Filippo Longo del 1901. Longo critica espressamente Giorgi e la sua idea dell'esistenza di «norme perpetue, universali e immutabili»; «la questione morale va risolta non in base ai subbiettivi concetti morali ovvero ai precetti della morale religiosa o filosofica, mutabili e partigiani, ma secondo i principî accettati dalla coscienza generale e che costituiscono la morale pubblica»³⁶. Attraverso la «formola buon costume» la legge non vuole far riferimento alla «morale nel senso logico, teoretico, razionale, ma nel senso storico, realistico, positivo». Perché si abbia la nullità del contratto occorre dunque che la prestazione contraddica non la pura morale, bensì «il senso morale dei cittadini». La morale sociale, in quanto «produzione sociale», è «incessantemente progressiva, al pari della coscienza umana»³⁷.

Negli stessi anni, anche Roberto De Ruggiero, a proposito dell'art. 1122, ritiene opportuna sia l'ampiezza sia l'elasticità della formula impiegata dal legislatore, in quanto permette di rimettere al «prudente arbitrio del giudice la valutazione dei singoli atti umani in relazione alla incessante evoluzione dello spirito delle leggi e della coscienza del popolo»³⁸. Per De Ruggiero, dunque, la nozione di buon

³⁴ PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, 310.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ LONGO, *op. cit.*, 97. Nello stesso senso, cfr. GIANTURCO, *Sistema di diritto civile*, T. I, 3 ed., Napoli, Luigi Pierro Editore, 1909, 109-110, che parla dei «sommi principii etici, che sono scolpiti nella umana coscienza», precisando tuttavia che si tratta dei principi morali «comunemente ritenuti in una certa epoca della storia», e non della «morale religiosa, né la filosofica, molto più mutabili e partigiane».

³⁷ LONGO, *op. cit.*, 97, il quale si rifà a LOTMAR, *op. cit.*, 83 e ss.

³⁸ DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, T. III, 6 ed., Messina, Principato, 1931, 278.

costume cambia in base al mutamento della coscienza. Il giudice quindi può riferire in questo articolo a «ogni causa che in un determinato momento di quella evoluzione urti contro la legge o la moralità o i supremi principii di diritto inderogabili per volontà dei privati»³⁹.

L'elaborazione più compiuta ed organica di un criterio «sociologico», non dissimile da quello legato in Francia al nome di Demogue, è però dovuta in Italia a Francesco Ferrara, che ad essa dedica uno spazio di riflessione considerevole nella sua opera *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*.

Ferrara fa discendere i buoni costumi dalla morale sociale, definita come «un ordinamento morale costituito da un patrimonio d'idee e di sentimenti che sono ereditati da lungo volger di secoli e che sono generalmente riconosciuti dalla collettività e riflessi nella nostra coscienza, ed è in tale ordinamento che sta il criterio per giudicare se un'azione è morale od immorale e se merita riconoscimento giuridico»⁴⁰.

La norma che accoglie la nozione di buon costume nel diritto civile è qualificata dall'autore come norma sussidiaria ai divieti legali, in grado di colmare le lacune lasciate dalla legge e caratterizzata da una peculiare natura mobile che la rende pronta ad intervenire nelle «infinite varietà di negozi illeciti», sempre imprevedibili e difficilmente individuabili da parte della legge. Si tratta di un concetto recepito dalle varie legislazioni attraverso la tradizione storica ed «equivalente a quello di moralità pubblica, di coscienza morale sociale, di un dato popolo e in un dato tempo»⁴¹.

Partendo quindi dal presupposto che la morale evolve parallelamente alla crescita culturale ed etica della società, essa «è necessariamente variabile, e quindi diversa secondo i popoli e secondo i tempi»⁴². È sufficiente osservare la realtà da un punto di vista diacronico per rendersi conto che negozi reputati un tempo immorali possono, in seguito, essere considerati del tutto leciti. Di conseguenza il giudice non dovrà ispirarsi alla morale antica, o romana, o medievale, ma dovrà guardare alla morale attuale, presente. Il giudice non può «né arrestarsi a duemila anni fa», né precedere i tempi e adottare una morale che l'autore definisce «futurista» o «dell'avvenire». Si tratta cioè della morale che sgorga dalla vita reale: in questo senso il diritto ha il compito di assecondare la coscienza morale del popolo.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, SEI, 1914, 27.

⁴¹ FERRARA, *op. cit.*, 5.

⁴² FERRARA, *op. cit.*, 31.

La concezione del Ferrara non muove da una teoria astratta, bensì dalla pratica; la morale che prende in esame è quella sentita e messa in pratica dalla generalità dei consociati. Ne consegue che per stabilire se un'azione sia o meno immorale non ci si deve adattare alla morale di un determinato culto religioso, ma occorre far riferimento ad una morale praticata indistintamente da tutto il popolo. L'autore, però, nell'attento lavoro di caratterizzazione di questa morale sociale, non manca di precisare che la morale «praticata da tutto il popolo» non può coincidere con una morale internazionale o derivante dal confronto con le altre legislazioni, ma deve essere una morale locale, perché è questa ad essere protetta dalla legge⁴³.

Occorre inoltre distinguere l'*immoralità* dalla semplice *indelicatezza* o *scorrettezza*. La legge intende, infatti, combattere solo quelle azioni che, in quanto turpi e inique, «producono uno strappo al senso morale della società»⁴⁴, ma non intende bandire quelle «leggere offese alla morale che, per quanto non degne d'approvazione, pure non meritano di essere trattate col rigore estremo dell'inefficacia del negozio, in cui sono contenute»⁴⁵, essendo importante non stravolgere la certezza degli scambi negoziali.

In merito al problema della individuazione del criterio su cui fondare il giudizio di moralità, e sulla conseguente liceità di determinati negozi, l'autore ritiene che si tratti di una *quaestio facti* del tutto indipendente dalla coscienza delle parti o dalla riconoscibilità dell'immoralità. Tale giudizio si attua attraverso «un apprezzamento per cui valutate le condizioni della morale sociale, accertata o meno l'esistenza di certi precetti e divieti, se ne fa applicazione al caso singolo e si stabilisce se esso è o no in contraddizione con la moralità pubblica»⁴⁶, senza che abbia rilevanza se «per la speciale coscienza dei contraenti» il contratto sembra loro «lecito e non disonorevole»⁴⁷.

Per quanto riguarda il rapporto tra diritto e morale, Ferrara precisa innanzitutto che il diritto esercita un'azione negativa di fronte ai principi della morale, vale a dire che esso «non tende in principio ad un'assimilazione ed incorporazione dei principi etici, non tende a «moralizzare», ma si limita soltanto a impedire, a reagire e ridurre l'immoralità che per svolgersi si serva dei mezzi giuridici»⁴⁸. Si afferma peraltro che «la particolare condotta protettiva che il diritto

⁴³ FERRARA, *op. cit.*, 83.

⁴⁴ FERRARA, *op. cit.*, 30.

⁴⁵ *Ibidem.*

⁴⁶ FERRARA, *op. cit.*, 34.

⁴⁷ *Ibidem.*

⁴⁸ FERRARA, *op. cit.*, 27.

esercita verso la morale non è un effetto spontaneo, derivante dalla natura stessa del diritto, ma è un portato del diritto positivo, è l'espressione di una norma legislativa che ha piegato il diritto alla considerazione della moralità. Da qui derivano due conseguenze. L'una che la morale rispetto al diritto è posta in una posizione sott'ordinata, l'altra che il principio della nullità dei negozi immorali ha un contenuto giuridico, «poiché ogni norma etica, accolta che sia nel campo del diritto, spoglia il carattere originario per rivestire carattere giuridico»⁴⁹.

Ferrara tiene ben distinti i buoni costumi dall'ordine pubblico, definito come «regolamento della società, disposizione delle persone, delle corporazioni, delle autorità pubbliche nella società»⁵⁰. L'ordine pubblico, così inteso, «risulta dalle leggi d'interesse generale, cioè dal diritto coattivo nel suo complesso», mentre «l'interesse della società, astratto, non poggiato su un testo positivo di diritto, è senza influenza sulla validità delle convenzioni»⁵¹. Si deve dunque sottolineare che per Ferrara «perché vi sia violazione dell'ordine pubblico (in senso specifico) occorre una legge *imperativa*, una legge che l'ordinamento giuridico ha sanzionato per far valere gli interessi della generalità di fronte agli interessi singoli, e proteggere i fondamenti morali ed economici della vita comune»⁵². L'autonomia dalla legge è dunque dei buoni costumi ma non dell'ordine pubblico.

Dopo Ferrara, l'impostazione «sociologica» domina la scena. Coviello reputa immorali non già quei negozi contrari alla morale religiosa e filosofica, ma quelli contrari, «come si esprime la legge», al buon costume. Anche per questo autore «il criterio per giudicare dell'immoralità d'un atto dev'essere basato sul fatto, anziché su una teoria; è un criterio contingente e relativo anziché assoluto»⁵³. Non tutto ciò che è difforme dai «precetti rigorosi della morale cristiana» deve ritenersi immorale, ma «solo ciò ch'è difforme dalla pratica che, secondo la comune opinione, vien riguardata come morale»⁵⁴. La morale cristiana è dunque ancora naturalmente vissuta come il modello di una morale rigorosa; e tuttavia viene esplicitamente rifiutata come fonte da cui desumere i buoni costumi, in favore di una morale sociale che da essa è evidentemente lontana.

Coviello sembra rivalutare, a fianco dell'«elemento oggettivo»

⁴⁹ FERRARA, *op. cit.*, 28.

⁵⁰ FERRARA, *op. cit.*, 50.

⁵¹ FERRARA, *op. cit.*, 57.

⁵² FERRARA, *op. cit.*, 57-58.

⁵³ N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Napoli, ESI, 1992, (ripr. dell'ed. Milano, SEI, 1924), 419.

⁵⁴ N. COVIELLO, *op. cit.*, 418.

del buon costume – «cioè l'uso, la pratica, o costume» – un «elemento soggettivo», «cioè la convinzione che la pratica non sia contraria al sentimento etico comune»⁵⁵. In questo Coviello sembra distaccarsi dalle visioni di Ferrara. Ma la distinzione è usata da Coviello soprattutto per spiegare la possibilità che contratti, che pure sono generalmente e frequentemente praticati, siano nondimeno considerati contrari al buon costume, laddove essi siano comunque colpiti dalla disapprovazione sociale. «V'ha degli usi, che pure sono generalmente riprovati, come la prostituzione»⁵⁶. Dunque, un atto sarà immorale «non già se non si pratici giammai in una data società, e desti scandalo ove s'avveri; ma anche quando costituisca un uso comune, che però sia giudicato immorale dalla pubblica opinione»⁵⁷. Al contrario, vi sono usi che «pure essendo contrari a' principi di una morale rigorosa», sono comunemente considerati leciti, «come lo sfruttamento del lavoro dell'operaio». Un atto non sarà immorale «se sia conforme a un uso non condannato dalla coscienza pubblica, quand'anche in sé stesso degno di disapprovazione»⁵⁸.

Con l'emanazione del Codice civile del 1942 la legge considera i due concetti di ordine pubblico e buon costume nell'art. 31 delle Disposizioni generali al Codice civile e nell'art. 1343 c.c.

Negli anni successivi all'adozione del nuovo Codice, la dottrina italiana mantiene ferma l'idea di una morale sociale, storicamente variabile: il contratto contrario ai buoni costumi non è il «contratto che va contro i principi etici», ma il «contratto che si pone contro il buon costume (*bonos mores*), il quale è il complesso dei principi che coronano sotto il nome di *morale sociale*, che corrisponde a quello che, normalmente, pratica la generalità delle persone oneste, corrette, di buona fede, di sani principi, in un *determinato ambiente* e in un *determinato momento*»⁵⁹: ovvero sia la *morale corrente*. Il concetto di buon costume è pertanto «eminentemente relativo»⁶⁰. Ciò comporta che la nozione del buon costume sia «oltremodo variabile ed elastica, certamente più di quel che non sia la stessa nozione di ordine pubblico che ha almeno, su quella, il vantaggio di essere desunta da norme

⁵⁵ *Ibidem.*

⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁷ *Ibidem.*

⁵⁸ N. COVIELLO, *op. cit.*, 419.

⁵⁹ MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, Giuffrè, 1944, 247.

⁶⁰ CARRESI, «*Il negozio illecito per contrarietà al buon costume*», in *Riv. trim. dir. Proc. civ.*, 1949, 35. L'autore porta come esempio del carattere relativo del buon costume la schiavitù, ritenuta un tempo lecita, mentre oggi è considerata fra i popoli civili indubbiamente contro il buon costume.

dello stesso ordinamento giuridico»⁶¹. È degno di nota il contrasto di simili affermazioni con la posizione assunta parecchi anni prima da Giorgi, il quale – utilizzando le stesse argomentazioni in senso contrario – proclamava l'assoluta immutabilità del buon costume e la variabilità dell'ordine pubblico⁶².

La variabilità storica ed il contenuto «elastico e storicamente variabile» del criterio del buon costume sono riconosciuti anche da Emilio Betti, il quale individua «l'illiceità morale» di una data causa «non già secondo le vedute teoriche di un'etica particolare, religiosa o filosofica, ma alla stregua delle esigenze etiche di quella che al tempo del negozio è la coscienza sociale collettiva, l'opinione pubblica della società storicamente determinata che si considera»⁶³. A differenza degli usi, però il criterio del buon costume non è fenomenologico, ma deontologico, frutto, cioè, di una valutazione morale e non di un semplice accertamento da parte del giudice. Al fine di valutare la contrarietà al buon costume, il giudice dovrà ricercare «non nella pratica isolata e sporadica di una piccola élite, ma in un tipo superiore di costume che, sebbene non osservato in modo costante dalla generalità dei consociati, sia tuttavia conforme alle esigenze etiche riconosciute nella cerchia degli interessati e quindi possa venire universalmente adottato»⁶⁴; non occorre che sussista un determinato costume in ordine al negozio in oggetto, è sufficiente che «la materia o la causa del negozio, valutata alla stregua dell'ethos, sia contraria a taluna esigenza etica posta dalla coscienza sociale dell'epoca»⁶⁵.

Betti precisa, come già Coviello, che c'è differenza tra una morale sociale sentita e i costumi effettivamente praticati, e che di conseguenza è possibile che un negozio, «quantunque conforme all'uso praticato nella cerchia sociale cui appartengono gl'interessati, sia tuttavia illecito, perché quell'uso è riprovato dall'opinione pubblica o coscienza sociale collettiva»⁶⁶.

Anche la giurisprudenza di quegli anni pare essere perfettamente aderente ai criteri di valutazione esposti dal Betti. Nel 1948, una sentenza della cassazione dichiarò che «l'illiceità della causa per contrarietà alle norme del buon costume è valutabile secondo il concetto che del buon costume si ha in un determinato periodo storico e so-

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Vedi supra, 23.

⁶³ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, ristampa corretta della 2 ed., Torino, UTET, 1952, 382.

⁶⁴ BETTI, *op.cit.*, 101.

⁶⁵ BETTI, *op. cit.*, 382.

⁶⁶ *Ibidem*.

ziale», e in un'altra occasione dichiarò: «Il buon costume, richiamato dal Codice civile, s'identifica con la media moralità, con ciò che un uomo medio, in un dato momento della sua esistenza, stima necessario all'*honeste vivere*»⁶⁷.

4. *Una voce fuori dal coro: la concezione del buon costume in Alberto Trabucchi*

Negli anni '50 la dottrina è allineata – con qualche minima divergenza – alla concezione del buon costume come morale sociale. Va tuttavia segnalata, proprio nella dottrina di quegli anni, la presenza di una voce distintamente «fuori dal coro»: quella di Alberto Trabucchi.

La voce dedicata da Trabucchi alla clausola del buon costume si distacca nel panorama dei giuristi italiani dell'epoca⁶⁸. Trabucchi muove da una prima e per lui essenziale precisazione: il buon costume è un concetto che implica un rinvio all'etica, e che limita l'autonomia negoziale degli individui nei casi in cui l'immoralità incida nell'attività negoziale, come previsto dall'art. 1343 c.c. Dal momento che «l'organizzazione giuridica è essenzialmente ispirata a criteri di conformità all'ideale morale, è anche ragionevole che non possano trovare riconoscimento e protezione dal diritto atti di privati o di enti stranieri che siano in contrasto con le regole del buon vivere»⁶⁹.

In merito al dibattito sull'esistenza di una differenza sostanziale fra la clausola dell'ordine pubblico e la clausola del buon costume anch'egli, come altri autori⁷⁰, separa l'ambito e il fine delle due clausole, riconducendo all'ordine pubblico la finalità di garantire la tutela dei principi essenziali delle strutture costituite, ed al buon costume,

⁶⁷ Cass., 8 luglio 1948, in *Giur.compl.Cass.civ.*, 1948, 3, 103: «L'illiceità della causa per contrarietà alle norme del buon costume è valutabile secondo il concetto che del buon costume si ha in un determinato periodo storico e sociale»; Cass., 11 aprile 1949, in *Mass. Foro it.*, 1949, col. 185, n. 868: «Il buon costume, richiamato dal Codice civile, s'identifica con la media moralità, con ciò che un uomo medio, in un dato momento della sua esistenza, stima necessario all'*honeste vivere*».

⁶⁸ TRABUCCHI, voce *Buon costume*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, Giuffrè, 1959, 700-706.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Si vedano FERRARA, *op. cit.*, supra, 23-24 e SACCO-DE NOVA, *Il Contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da SACCO, T. II, 3 ed., Torino, UTET, 2004, 65, (la prima edizione dell'opera risale al 1975); FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, Giuffrè, 1970; contra GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. II, Firenze, Cammelli, 1867; RODOTÀ, «Ordine pubblico o buon costume?», in *Giur. mer.*, 1970, 1, 104-109.

invece, la finalità di impedire atti di autonomia negoziale in contrasto con i «canoni fondamentali della pubblica moralità»⁷¹.

L'autore, dopo aver chiarito questi aspetti, si preoccupa di determinare il rilievo giuridico di tale immoralità. Il limite del buon costume invocato dall'art. 1343 c.c. è una «norma in bianco», nozione accolta dal diritto ma dal diritto stesso lasciata imprecisa nel contenuto, per permettere al diritto di adeguarsi a concezioni extragiuridiche. Egli tiene a precisare però che tale norma non persegue una funzione «moralizzatrice» o di «perfezionamento etico»⁷², ma piuttosto quella di impedire che si legittimi l'immoralità. «Non è (quindi) vero, neppure in parte, che la morale divenga diritto, come vorrebbero in generale i moderni seguaci della teoria pura del diritto in tutti questi casi di riferimento delle norme a nozioni extragiuridiche»⁷³; si vuole tuttavia evitare l'ammissione e il riconoscimento di un contegno immorale.

Occorre differenziare il buon costume come comportamento di vita esteriore e di relazione in una data società dalla liceità morale; perché il diritto si occupa solo dell'immoralità che riguarda un rapporto giuridico. Nel ricostruire la storia dell'ingresso della clausola del buon costume nel nostro ordinamento l'autore sottolinea l'importanza del progetto di «cristianizzazione» del diritto sviluppato attraverso il concetto di causa del contratto prospettato da Domat, il quale fa discendere l'illiceità del contratto dalla contrarietà ai principi della morale cristiana⁷⁴. Sebbene tale tesi sia stata poi da molti autori abbandonata, Trabucchi insiste (evidenziando il legame tra buon costume nel diritto e valutazione etica dell'agire) nel dar peso all'aggettivo «buon», piuttosto che al sostantivo «costume» che, inevitabilmente, esalta un'accezione prettamente fattuale e sociale, sebbene riconosca che la dottrina e la giurisprudenza prevalenti sono concordi nell'accettare questa definizione «svalutata» del buon costume. Nell'espressione «buon costume» non si ravvisa alcuna tendenza al «perfezionamento morale» dell'individuo. L'opinione prevalente assume a parametro non una morale religiosa, ideale o filosofica, ma la morale pubblica corrente, «rappresentata dalla pratica che secondo la comune opinione va considerata appunto come morale»⁷⁵. Fin qui pare non esserci alcuna differenza con le teorie di stampo sociologico, che prevedono il rinvio alla morale pubblica *tout court*. Trabucchi ammette

⁷¹ TRABUCCHI, *op. cit.*, 700.

⁷² RIPERT, *op. cit.*, 28.

⁷³ TRABUCCHI, *op. cit.*, 700-701.

⁷⁴ TRABUCCHI, *op. cit.*, 702.

⁷⁵ *Ibidem*.

tuttavia che anche secondo l'opinione più diffusa, la morale sociale non è valutata su «un concetto quasi statistico di morale più o meno seguita»⁷⁶. Tale concetto pare eccessivamente riduttivo anche per i sostenitori della teoria sociologica della morale: anch'essi infatti ritengono inaccettabile una morale ridotta a valutazioni statistiche, e mantengono fermo un criterio di percezione del dover essere a partire dalle opinioni diffuse tra gli «uomini dabbene»⁷⁷.

L'autore avverte da un lato l'esigenza di delimitare, nel modo più preciso possibile, i confini del proibito ed i rischi connessi ad una valutazione arbitraria di ciò che è morale e ciò che non lo è; dall'altro ritiene estremamente riduttivo il criterio di estrapolare la morale sociale dalla cerchia ristretta ed elitaria dei *boni homines*, piuttosto che dalla considerazione dell'intera generalità.

Non identificandosi completamente in nessuna delle due teorie menzionate, l'autore propone una concezione di morale sociale informata dai principi della morale cristiana. L'ipotesi sostenuta da Trabucchi è quella del rinvio ad una morale sociale intimamente connessa alla tradizione cristiana che ha pervaso la nostra civiltà. La morale cristiana è definita come «un complesso di regole che rappresentano anche le buone norme nella vita dei rapporti umani, indipendentemente dalle credenze religiose di ciascuno»⁷⁸. Il compito del giudice diventa quindi quello di servirsi delle norme per conservare questa tradizione morale, costitutiva della nostra società. Il rinvio operato dal legislatore attraverso la nozione di buon costume è dunque un rinvio ad un insieme di norme etiche che, nella nostra civiltà, provengono dalla morale cristiana. Trabucchi evidenzia che in questo modo «il limite, di non scarsa importanza, si presenta rispetto ad un paragone del lecito che può essere, se non sempre sentito, almeno conosciuto da tutti»⁷⁹, cosicché se, ad esempio, si approvassero tra «le persone dabbene» delle forme di libertà sessuale riprovate dalla morale cristiana, «il giudice che le ammettesse come oggetto di valida contrattazione, si allontanerebbe dallo spirito che informa la comunità in cui viviamo»⁸⁰; giungendo così a offendere non solo la comunità cristiana, ma l'intera compagine sociale.

In merito al carattere di relatività o assolutezza delle regole morali, l'autore sostiene che i criteri provenienti dalla morale cristiana, i quali informano la società, sono caratterizzati dalla fissità e non dalla

⁷⁶ TRABUCCHI, *op. cit.*, 703.

⁷⁷ *Ibidem.*

⁷⁸ TRABUCCHI, *op. cit.*, 703.

⁷⁹ *Ibidem.*

⁸⁰ *Ibidem.*

mobilità. Egli precisa che, in relazione al mutare dei tempi e dell'ambiente, mutano i criteri di adeguazione di queste regole alla vita, non le regole stesse. La distanza da Ferrara su questo punto è evidente⁸¹. Non si modifica la morale, se mai si modificano i criteri di adeguazione alla vita. L'autore fa notare che «in relazione ai tempi, cioè appunto secondo i costumi, mutano le circostanze per le quali i fatti si presentano in concreto come lesivi della regola»⁸². E, aggiunge, «questo vale specialmente in quei campi nei quali la morale si riferisce ad un costume di vita»⁸³. In questo breve passaggio del Trabucchi traspare un'articolata operazione di rinvio. Egli infatti, dopo aver affermato che il diritto rinvia alla morale che resta fissa, in modo quasi impercettibile facoltizza un ulteriore rinvio della morale al costume. Non è il diritto che rinvia ai costumi di vita, ma è la morale che può, eventualmente, far entrare nel suo campo di osservazione i costumi di vita e ad essi rinviare. La relatività dunque non riguarda la regola morale, è bensì la regola morale che *può* rinviare, soprattutto in certi campi, ai costumi. In questo modo Trabucchi giustifica l'inevitabile fenomeno del «mutare dei costumi» mantenendolo entro la cornice della sua tesi. Sulla base di questo sottile ragionamento si comprende come uno spettacolo che in passato era considerato scandaloso, oggi possa essere considerato accettabile, senza sovvertire alcuna regola morale. I principi morali rimangono fermi, mentre la realtà – questa sì – è mutevole.

Per Trabucchi la morale ha anche un carattere «soggettivo», in quanto il concetto di violazione morale è legato a quello di dovere, con riferimento alle attività che ognuno è chiamato a svolgere (si pensi ai funzionari militari, agli insegnanti, ecc.). Affermando ciò non si vuole affatto dire che il giudizio debba essere soggettivo poiché «la materia, il contenuto e lo scopo della convenzione non cessano di essere immorali anche se, per ipotesi, il giudizio soggettivo nei riguardi particolari dell'agente sarebbe stato meno severo»⁸⁴.

In sintesi la clausola del buon costume ha sicuramente la natura di rinvio a una realtà extragiuridica. Attraverso di essa, il diritto mira non a perfezionare dal punto di vista etico l'individuo, ma a censurare il suo comportamento immorale. Anche in questa impostazione il diritto attinge dalla morale sociale, ma – e qui si riscontra la singolarità del pensiero dell'autore – la morale sociale coincide con la

⁸¹ Cfr. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, SEI, 1914.

⁸² TRABUCCHI, *op. cit.*, 703.

⁸³ *Ibidem.*

⁸⁴ TRABUCCHI, *op. cit.*, 704.

morale cristiana di cui la totalità della compagine sociale dell'ordinamento italiano è imbevuta, a prescindere dalla confessione religiosa personale degli individui. Sulla base di questo assunto, l'autore ritiene pacifico che il compito del giudice sia quello di custodire questa tradizione culturale, e che il legislatore abbia opportunamente ritenuto di rinviare non a «vaghe opinioni più o meno diffuse, o seguite dai più o meno *boni homines*, bensì a quel complesso di norme etiche, che, per l'essenza stessa della civiltà in cui viviamo è rappresentato dalla morale cristiana»⁸⁵.

Va ad ogni modo sottolineato che la dottrina e la giurisprudenza italiane fino almeno agli anni '70 – salvo le diversità di posizione, peraltro isolate, appena descritte – non hanno apportato alcun progresso alla determinazione della clausola del buon costume, che è rimasta sostanzialmente ancorata alla elaborazione prospettata cinquant'anni prima da Francesco Ferrara⁸⁶ che collega indissolubilmente il «buon costume» alla tradizione morale che la compagine sociale esprime in un determinato momento storico, come dimostrano anche le definizioni della clausola del buon costume riportate nella letteratura di quegli anni⁸⁷.

Nel sistema italiano, a differenza di quello francese, la possibilità di interpretare il buon costume e l'ordine pubblico come la formulazione di un binomio che esprima un concetto unitario, nel quale l'ordine pubblico esprimerebbe le basi sociali e politiche e il buon costume le basi etiche dell'ordinamento giuridico statale, resta ancora lontana.

⁸⁵ TRABUCCHI, *op. cit.*, 703.

⁸⁶ Cfr. F. FERRARA, *op. cit.*, 34.

⁸⁷ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, T.II, 2 ed., Torino, UTET, 1952, 101: «criterio di contenuto elastico e storicamente variabile, che si adegua via via alle mutate concezioni della coscienza sociale e all'evoluzione della società»; PROTETTI, voce *Buon costume*, in *Noviss. Dig. It.*, II, Torino, UTET, 1958, 596: «per buon costume si deve intendere «la morale, quale si ritiene debba essere praticata al fine dell'*honeste vivere*, secondo la concezione media collettiva di un popolo in un determinato periodo storico»; TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1973, 200: «il buon costume è costituito dall'insieme di quelle regole di comportamento sociale, la cui violazione è ritenuta immorale e scandalosa dalla generalità dei consociati».

CAPITOLO III

Le bonnes moeurs nel diritto civile del Québec

SOMMARIO: 1. «Il nostro diritto ha le stesse origini del diritto francese, e proviene dalle stesse fonti»: dalle *Coutumes* alla codificazione nella Provincia del Québec. – 2. Le *bonnes moeurs* e l'*ordre public* nel diritto del Québec precedente alla riforma. – 3. «*Good morals, in this Province are christian morals*». L'influenza della morale cristiana nella dottrina e nella giurisprudenza del Québec.

1. «*Il nostro diritto ha le stesse origini del diritto francese, e proviene dalle stesse fonti*»: dalle *Coutumes* alla codificazione nella Provincia del Québec

Prima di affrontare il percorso evolutivo della clausola delle *bonnes moeurs* all'interno del diritto civile del Québec è utile fornire qualche informazione sullo sviluppo del sistema québecchese e sul ruolo che in esso ha giocato la ricezione dei modelli francesi.

Dal 1534, anno in cui il Canada, con il nome di *Nouvelle France*, divenne colonia della monarchia francese, i coloni applicarono sul territorio canadese le *Coutumes de Paris*. Salvo una breve parentesi di vigenza del diritto inglese, la *Nouvelle France* fu dunque retta dalle *Coutumes* di Parigi, integrate dai regolamenti del Consiglio sovrano. Il diritto del Québec restò, quindi, fino alla promulgazione nel 1866 del Codice civile, un diritto consuetudinario.

La breve parentesi di vigenza del diritto inglese sul territorio del Québec corrisponde al periodo compreso tra la fine della guerra dei Sette Anni (1756-1763) tra Francia e Inghilterra e la emanazione dell'*Acte de Québec* nel 1774.

Con la sconfitta dei coloni francesi nella battaglia della Pianura di Abramo, la regione del Québec passò sotto il dominio inglese; la firma del trattato di Parigi nel 1763 significò l'imposizione del diritto inglese sul territorio del Québec. Pochi mesi dopo, e cioè il 7 ottobre 1763, il re britannico emanò una Proclamazione reale che disciplinava l'apparato amministrativo, quello giudiziario e la professione del culto. Attraverso tale Proclamazione, il re Giorgio III sostituì le

Coutumes de Paris con il diritto inglese, che divenne il diritto vigente sul territorio, e creò un apparato della giustizia in cui la (sola) lingua ufficialmente riconosciuta era quella inglese. I cittadini francofoni si trovarono ovviamente svantaggiati da queste disposizioni. La manifesta posizione di ostilità nei confronti della componente francofona della popolazione non fece altro che accrescere l'astio dei québecchesi di origine francese nei confronti dei nuovi «dominatori» inglesi, che erano, peraltro, in netta minoranza. Nel 1774 la popolazione québecchese, forte anche della maggioranza numerica, ottenne la concessione della prima Costituzione del Québec (*Acte de Québec*) che, abrogando esplicitamente la proclamazione del 7 ottobre ristabilì nuovamente la vigenza del diritto francese nella Provincia del Québec, lasciando tuttavia alle norme di diritto inglese la regolamentazione delle materie successoria e penale. Nel 1791, il Parlamento inglese votò la legge costituzionale (*Constitutional Act*) che stabiliva la divisione della colonia del Canada nelle due province: l'Alto Canada (Ontario), disciplinato dal *common law*, e il Basso Canada (Québec), in cui vigeva il *civil law*. Va precisato che la legge costituzionale del 1791 apportò pochissimi e non sostanziali emendamenti all'*Acte de Québec* del 1774. Ad eccezione delle infiltrazioni di *common law* nelle sole materie successoria e penale, l'*Acte de Québec*, recepito nella Legge Costituzionale del 1791, assicurò (oltre al libero esercizio del culto cattolico) il mantenimento del diritto civile francese nella Provincia del Québec.

La necessità di un Codice del Basso Canada si faceva tuttavia sentire. Il *droit coutumier* francese si rivelava spesso inadatto a disciplinare le controversie che nascevano nella realtà¹.

Il 10 giugno 1857, attraverso la *Loi de Codification 20 Vict.*, intitolata *Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure*, ebbe inizio il processo di codificazione delle leggi del Canada in materia civile e di procedura civile².

Era del tutto pacifico che il Codice del Québec si sarebbe ispi-

¹ Sulla storia del Codice civile del Basso Canada si vedano: WALTON, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas Canada* (intr. e trad. Tancelin), Toronto, Butterworths, 1980; MOREL, *La codification devant l'opinion publique de l'époque, Livre du Centenaire du Code civil*, Montréal, P.U.M., 1970; BROODMAN, BRIERLEY e MACDONALD, *Quebec Civil Law. An introduction to Quebec Private Law*, Emond Montgomery Publication, Toronto, 1993.

² BOUCHER e MOREL, *De la Coutume au Code Civil; Textes et documents du droit québécois*, 3 ed., Montréal, La librairie de l'Université de Montréal, 1972-1973, Dossier n. 1, 57-58.

rato al Codice civile francese³, mantenendo però applicabile il diritto consuetudinario nella Provincia del basso Canada⁴. All'art. VII della legge di codificazione si legge: «I suddetti codici saranno redatti seguendo lo schema generale dei codici francesi conosciuti con il nome di Codice civile, Codice del commercio e Codice di procedura civile, e conterranno, per quanto possibile, gli stessi dettagli su ogni argomento»⁵. Sebbene quindi i codici francesi costituivano senz'altro i modelli da seguire per i redattori québecchesi, essi erano comunque tenuti a codificare il diritto locale⁶.

Il 5 febbraio 1859 furono nominati commissari per la stesura del Codice i giudici René Eduard Caron, Charles Dewey Day e Augustin Norbert Morin, i quali, seguendo le indicazioni previste nella *Loi de codification*, si misero all'opera. Va tuttavia precisato che i commissari incaricati della stesura del Codice ebbero modo di esprimere qualche riserva nei confronti della insistente raccomandazione del legislatore di riferirsi per struttura e contenuto al Codice francese. Se da un lato era per i tre commissari «*naturel, à raison de la similitude de nos lois avec celles de la France à l'époque où elles y furent codifiées, qu'on nous donnât son code pour modèle et qu'on l'indiquât comme base de celui que l'on voulait faire*», d'altra parte questa considerazione non escludeva affatto la possibilità di variare dal modello originario e, «*sans trop de risque d'en adopter les dispositions qu'ils auraient approuvées, en retranchant, en altérant celles dont l'expérience en France ou ailleurs a démontré l'inutilité ou la défektivité et en y intercalant celles que nos lois et nos circonstances particulières peuvent requérir*»⁷. Nel discorso tenuto davanti al Parlamento unifi-

³ Cfr. LEFEBVRE DE BELLEFEUILLE, *Le Code civil annoté étant le Code civil du Bas Canada*, II éd., Montréal, Beauchemin & fils, 1889, 218: «*les ressemblances entre les deux Codes sont plus nombreuses que les divergences, et c'est ici que nous pourrions retracer l'influence que le Code français a exercée sur la législation canadienne*»; Cfr. anche: MIGNAULT, *Le code civil au Canada*, in *Le code civil à l'étranger*, Paris, Dalloz, 1904, 728; LE MOYNE DE SÉRIGNY, *Au carrefour de trois systèmes juridiques, Le droit civil de la Province de Québec*, Alger, Editions La Maison des livres 1963, 8.

⁴ *Acte pour fixer la loi relativement aux terres tenues en franc et commun socage, dans le Bas-Canada*, in *Statuts de la province du Canada*, 1857, ch. 45.

⁵ *Loi de Codification*, 20 Vict., ch. 43, 10 juin 1857, art. VII, in BOUCHER e MOREL, *De la Coutume au Code Civil, Textes et documents d'histoire du droit québécois*, 3 ed., Montréal, La librairie de l'Université de Montréal, 1972-1973, Dossier n.1, 58: «*Les dits codes seront rédigés sur le même plan général et contiendront, autant que cela pourra se faire convenablement, la même somme des détails sur chaque sujet, que les codes français connus sous le nom de code civil, code de commerce et code de procédure civile*».

⁶ *Ibidem*, art. IV e VI.

⁷ DESBARATS, *Code civil du Bas Canada, Deuxième rapport des commissaires*,

cato del Canada, il 31 gennaio 1865, il Primo ministro Cartier enfatizzò l'ossequiosa imitazione da parte dei redattori del Codice del Code Napoléon: «*Ce travail a été fait à l'imitation du code français et en marchant sur ces traces, il n'y avait aucune crainte pour nous de ne pas réussir (...). Notre droit a les mêmes origines que le droit actuel français, et il a été puisé aux mêmes sources*»⁸. La similitudine fra i due codici è pacifica nella dottrina⁹.

Effettivamente, nella struttura e nello stile i redattori del Codice modificarono ben poco; tuttavia, il codice del Québec rigettò molte disposizioni e istituti del Code Napoléon considerati inaccettabili dalla società del Québec, mantenendo, al contrario, molti istituti del *droit coutumier* francese¹⁰.

Québec, 1863-1865, iv: «*Le Code Napoléon est, avec raison, considéré comme un chef d'oeuvre dans son genre; aussi l'a-t-on adopté, soit dans son entier, soit avec des modifications plus ou moins considérables, dans tous les pays, où, depuis sa confection, l'on s'est occupé de codification; il était donc naturel, à raison de la similitude de nos lois avec celles de la France à l'époque où elles y furent codifiées, qu'on nous donnât son code pour modèle et qu'on l'indiquât comme base de celui que l'on voulait faire. Quoique cette similitude ait été assez notablement altérée par le nouveau code, elle était encore assez grande pour qu'il fût possible, sans trop de risque, de permettre aux Commissaires d'en adopter les dispositions qu'ils auraient approuvées, en retranchant, en altérant celles dont l'expérience en France ou ailleurs a démontré l'inutilité ou la défektivité et en y intercalant celles que nos lois et nos circonstances particulières peuvent requérir. Cette manière de procéder, si elle eût été permise, aurait rendu la tâche comparativement légère. Mais la Législature ne l'a pas voulu; elle a bien, à la vérité, indiqué le code français pour modèle quant au plan à suivre, à la division des matières et aux détails à fournir sur chaque sujet; mais tout cela n'est qu'accessoire et ne regarde que la forme; quant au fond, il est ordonné que le code à faire se composera exclusivement de nos propres lois. Ce qui est loi en force doit y être inclus; ce qui ne l'est pas doit en être exclu et peut tout au plus être proposé comme altération admissible*».

⁸ Discours de G.E. Cartier devant l'Assemblée législative, 31 janvier 1865, in BOUCHER e MOREL, *De la Coutume au Code Civil, Textes et documents d'histoire du droit québécois*, 3 ed., Montréal, La librairie de l'Université de Montréal, 1972-1973, Dossier n. 1, 62.

⁹ Cfr. MIGNAULT, *Le Code civil au Canada*, in *Le code civil à l'étranger*, Germany, 1904, 725 e ss; BRIERLEY e MACDONALD, *Quebec civil Law, An introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery Publications Limited, 1993, 75.

¹⁰ TETLEY, «*Mixed jurisdictions: common law vs civil law (codified and uncoded)*», in (2000) 60 *La. L. Rev.*, 696: «*In structure and style, the Code reflected the French Civil Code of 1804 very closely. Nevertheless, it rejected major elements of the French Code which were new law (since 1763 or 1789) and socially unacceptable to most Quebecois (notably divorce), while maintaining elements of the pre-revolutionary French law (e.g. the fideicommissary substitution). It also added certain local elements*». Cfr. anche BRIERLEY e MACDONALD, *Quebec civil Law, An introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery Publications Limi-

«A differenza del codice civile francese del 1804, con i suoi ideali rivoluzionari, e dei codici italiani o tedeschi, volti a consolidare l'unità nazionale appena raggiunta, il codice civile del Basso Canada riflette i valori conservatori orientati sulla famiglia, della maggior parte della società rurale (e in gran parte francofona) ottocentesca del Québec, così come il liberalismo economico commerciale e industriale delle fiorenti élites (principalmente anglofone) concentrate a Montreal»¹¹.

La dottrina recente, sia francese che québecchese, è unanime nel riconoscere che il Codice civile del basso Canada (CcbC) «*énonce en substance la doctrine du vieux droit coutumier*», in misura maggiore e con maggiore fedeltà rispetto al Code Napoléon¹².

La continuità con l'antico diritto consuetudinario è evidente, non solo nel diritto di famiglia¹³.

ted, 1993, 35: «*This code is a derivative work because in its general systemic design and linguistic style it closely follows the French Code civil of 1804*».

¹¹ TETLEY, «*Mixed jurisdictions: common law vs civil law (codified and uncoded)*», in (2000) 60 *La. L. Rev.*, 696: «*Unlike the French Civil Code of 1804, with its revolutionary ideals, and the Italian or German codes, aimed at consolidating a newly-achieved national unity, the Civil Code of Lower Canada reflected the conservative, family-oriented values of the largely rural (and mostly francophone) society of nineteenth-century Québec, as well as the economic liberalism of the burgeoning commercial and industrial (and primarily anglophone) élites concentrated in Montreal*».

¹² MIGNAULT, *Le Code civil au Canada*, in *Le code civil à l'étranger*, Germany, 1904, 725 e ss.: «*notre Code civil énonce en substance la doctrine du vieux droit coutumier*»; Cfr. anche: LE MOYNE DE SÉRIGNY, *Au carrefour de trois systèmes juridiques, le droit civil de la Province de Québec*, Alger, La Maison des livres, 1950, 14: «*Le code de Québec est toujours un recueil coutumier de l'ancienne France*»; BAUDOIN, *Les problèmes de la Codification à la lumière des expériences et situations actuelles*, in *Rapports présentés par les juristes membres de l'Association Québécoise pour l'étude comparative du droit*, Hambourg, 30 juillet 4 août 1962, Montréal, 1962, 4: «*Il est incontestablement resté beaucoup plus fidèle que le Code Napoléon aux valeurs héritées de l'Ancien Droit, bien qu'ayant pris celui-ci pour modèle*»; GILLES, «*Les Lois civiles de Jean Domat, prémices à la Codification. Du Code Napoléon au Code civil du Bas Canada*», in *RJT*, (2009), 43-1, 42-43: «*Ainsi, la coutume de Paris et les auteurs coutumiers prennent naturellement une place particulière dans la rédaction du Code en raison de l'application de celle-ci en Nouvelle-France, puis dans la province de Québec*».

¹³ Cfr. NORMAND, «*La culture juridique et l'acculturation de droit: le Québec*», Rapport au XVIII Congrès international de droit comparé, Washington, D.C. 2010, in *Isaidat Law Review*, (2011) Volume 1-Special Issue, Article 23, 1-48, 8-9: «*Le respect à l'égard de la Coutume de Paris se constate surtout en droit de la famille où ses dispositions n'avaient pas été altérées par une intervention législative du parlement. En revanche, la volonté du législateur ou des tribunaux de libéraliser le droit des obligations au milieu du XIXe siècle se reflète dans le projet de code. En définitive, des différences notables distinguent les deux codes*».

Il dato meno interessante, per quanto più vistoso, è l'omissione nel CcBC dell'istituto del divorzio (presente nel Code Napoléon), che può ricondursi non tanto ad un generale atteggiamento conservatore quanto ad una deliberata scelta politica, necessariamente difforme rispetto a quella della Francia post-rivoluzionaria¹⁴.

Gli istituti delle corporazioni (art. 352 e ss. CcBC), dell'enfiteusi (art. 576 e ss. CcBC), del fedecommesso (art. 925 e ss.), del patto commissorio, l'impossibilità della donna di concludere validi contratti senza l'autorizzazione del marito¹⁵, sono alcuni esempi del retaggio del vecchio diritto consuetudinario.

Al termine del lavoro della Commissione, il Progetto generale del Codice civile del Basso Canada fu presentato al Parlamento il 21 giugno 1866 e, qualche mese dopo, fu promulgato in due lingue: francese e inglese¹⁶.

Analogamente a quanto emerge dai *Travaux de codification* francesi, anche nella stesura del *Code civil du Bas Canada* è continuo il riferimento, soprattutto nel campo delle obbligazioni, a quella «*trinité juridique*» costituita dal «*droit romain, Domat, Pothier*» e «*parfois accompagné du renvoi au Code Napoléon à titre d'apôtre de la regula juris*»¹⁷.

L'influenza della dottrina di Domat, e più ancora di Pothier, sull'opera di codificazione québecchese non è tuttavia soltanto mediata dal Code Napoléon (impregnato delle idee dei due autori classici); come opportunamente osservato dalla dottrina recente, dal XVIII secolo le Biblioteche del Québec cominciarono ad acquistare importanti collezioni di opere giuridiche, nelle quali comparivano i trattati di Pothier, Ferrière, Domat e Blackstone, che avevano costituito le fonti di riferimento della dottrina¹⁸ e della giu-

¹⁴ È opportuno segnalare che all'epoca, il divorzio (contemplato nel Code Napoléon francese) era un istituto sconosciuto in Québec, essendo ammessa soltanto la «*separation des corps*»; il matrimonio – disciplinato come contratto civile nel *Code Napoléon* – era ancora un contratto religioso e gli atti compiuti dalla donna in assenza dell'autorizzazione del marito erano colpiti da nullità assoluta.

¹⁵ Su questa particolare questione, si sofferma MIGNAULT, *Le Code civil au Canada*, in *Le Code civil à l'étranger*, Germany, 1904, 727.

¹⁶ Cfr. *Proclamation d'entrée en vigueur du Code civil*, 26 mai 1866, in BOUCHER e MOREL, *De la Coutume au Code Civil, Textes et documents d'histoire du droit québécois*, 3 ed., Montréal, La librairie de l'Université de Montréal, 1972-1973, Dossier n. 1, 64.

¹⁷ GILLES, «*Les Lois civiles de Jean Domat, prémices à la Codification. Du Code Napoléon au Code civil du Bas Canada*», in *RJT*, (2009), 43-1, 42.

¹⁸ È interessante notare che nel Rapporto dei commissari sul titolo «*Delle obbligazioni e dei contratti*» del *Code civil du Bas Canada*, sui duecento articoli disciplinanti questo settore, gli autori rinviano 174 volte a Pothier e si ispirano in

risprudenza¹⁹ del Québec dell'epoca. Si deve altresì notare che queste opere, in particolare quelle di Domat e di Pothier, avevano largamente circolato anche nelle traduzioni in inglese da parte di Strahan e di Cushing²⁰.

L'apporto della dottrina classica e delle teorie del diritto naturale sono dunque evidenti anche nella codificazione della Provincia del Québec: «(...) *le code civil de 1866, (...), constituait un gage de pérennité de l'Ancien droit*» che fu a lungo considerato – in piena armonia con lo spirito del periodo illuminista – come «*l'incarnation de la Raison, de la Justice naturelle dans les relations humaines*»²¹. Configurare le basi

94 articoli alle disposizioni contenute nelle *Loix civiles* di Domat. Si veda sul punto: DESBARATS, *Premier rapport des commissaires, Code civil du Bas Canada*, L. III, titre III Des obligations, Québec, 1863-1865, 37 e ss. Sia nel rapporto dei codificatori sia nella dottrina québecchese inoltre è da sottolineare il continuo riferimento ad altri autori dell'*Ancien Droit* (Furgole, d'Argentré, Dumoulin, Serres, Denisart, Freminville, Ricard, Guyout, Brillon, Bourjon, Henrys, Bretonnier, Lamoignon), e della dottrina civilistica del XIX secolo (Duranton, Troplong, Toullier, Zachariae, Merlin, Demolombe). Sono numerosi gli autori che si sono dedicati al tema, fra i molti cfr.: REITER, «*Imported books, Imported Ideas: Reading European Jurisprudence in Mid-Nineteenth-Century Quebec*», in (2004) 22 *Law and History Review*, <http://www.historycooperative.org/journals/lhr/22.3/reiter.html>; GILLES, «*Les Lois civiles de Jean Domat, prémices à la Codification. Du Code Napoléon au Code civil du Bas Canada*», in *RJT*, (2009), 43-1, 23: «*Si les lois civiles se trouvent à l'honneur au sein du Code civil du Bas Canada, c'est principalement en raison de l'influence jouée par Domat sur le Code de 1804 qui s'est répercutée sur la codification pour le Bas Canada. Toutefois, certaines thèmes juridiques tirés des Lois civiles s'étaient déjà imposés dans les grands recueils du XVIII siècle qui constitueront les sources de références de la doctrine et de la jurisprudence québécoises avant la codification*»; MORIN, «*Portalis c. Bentham? Les objectifs assignés à la codification du droit civil et du droit pénal en France, en Angleterre et au Canada*», in *Commission du droit du Canada, La législation en question*, Ottawa, 2000, 139-217.

¹⁹ Nel XIX secolo in Québec la dottrina di Domat e di Pothier era ampiamente citata dai giudici québecchesi. Dopo Laurent, Pothier e Domat sono richiamati frequentissimamente dai giudici (Domat si ritrova menzionato in sedici sentenze dal 1877 al 1899, mentre *Les Loix civiles* di Domat sono richiamate ben undici volte tra il 1900 e il 1920. Si veda la minuziosa analisi della giurisprudenza tra il XIX e XX secolo realizzata da MORIN, «*Des juristes sédentaires? L'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du Code civil du Bas Canada, 1876-1984*», in (2000) 60 *R. du B.* 247.

²⁰ DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris 1776 traduzione di W. STRAHAN, *The Civil Law in Its Natural Order, Together with the Public Law, written in French by Jean Domat, with Additional Remarks on Some Material Differences between the Civil Law and the Law of England*, 2 ed., con aggiunte, London, 1737. Cfr. anche l'edizione successiva tradotta da L.S. CUSHING, *The Civil Law in its Natural order, by Jean Domat*, Boston, Little/Brown, 1853; POTHIER, *Traité des obligations*, traduzione di W.D. EVANS, *A treatise on the law of obligations*, London, 1806.

²¹ CRÉPEAU, *Les Motifs de la Recodification*, in *La Réforme du droit civil ca-*

concettuali dell'impianto del Codice civile québecchese, la sua realizzazione si presenta come un'opera di compromesso che affonda le sue radici nel diritto di ispirazione francese, nell'evoluzione del proprio diritto provinciale e in alcune innovazioni provenienti dal common law²².

Dopo il 1866 il *Code civil du Bas Canada* acquisì un ruolo preminente nell'identità culturale del Québec, giungendo ad essere considerato una «icona intoccabile»²³. Esso fu strenuamente difeso come simbolo, insieme alla fede cattolica e alla lingua francese, della tradizione franco-canadese.

La stabilità del Codice civile fu difesa anche per ragioni di tipo ideologico²⁴. Di fronte ai rapidi mutamenti che la società quebecchese incontrava, anche sulla scia delle influenze nordamericane, si è assistito negli ambienti giuridici all'innalzamento del Codice come simbolo dell'eterna e inalterabile eredità della tradizione culturale franco-cattolica. Il Codice ha assunto nel tempo un valore anche simbolico: sul piano filosofico il Codice rifletteva i principi della Ragione e della Giustizia; sul piano politico il Codice rappresentava il miglior strumento di opposizione alle infiltrazioni di concetti estranei al *civil law*²⁵.

A partire da questa prospettiva, si può facilmente intuire perché dovettero trascorrere 90 anni prima che si affacciassero le prime istanze di rinnovamento dell'impianto codicistico del Québec. Fino agli anni '70 del Novecento il *Code civil du Bas Canada* rimase, infatti, immutato e intoccabile, «*véritable temple des moeurs et de l'esprit de la population du pays*»²⁶. Come affermato da una dottrina, «*the civil law as reflected in the Code was thus reconceived as the heritage of the past, as a key element in the cultural and intellectual survival of the French – Canadian nation, and as a bulwark against the corrupting influences of modernity*»²⁷.

nadien: une certaine conception de la recodification, 1965-1977, Editions Thémis, 2003, 5.

²² Cfr. TETLEY, *op. cit.*, 696: «*The Code, it has been said, ... superimposed elements of English and commercial law, as well as local variations on received Civil law, all woven together into a synthetic whole. Substantively, it reflects a blending of institutions and values of the ancien droit (particularly in marriage, filiation, and inheritance) with the rationalistic and liberal values of the enlightenment (particularly in contract, civil liability, and property)*».

²³ BRIERLEY e MACDONALD, *Quebec civil Law, An introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery Publications Limited, 1993, 42.

²⁴ BRIERLEY e MACDONALD, *op. cit.*, 75.

²⁵ Cfr. BRIERLEY e MACDONALD, *op. cit.*, 75.

²⁶ BAUDOUIN, *Les problèmes de la codification à la lumière des expériences et situations actuelles*, in *Rapports présentés par les juristes membres de L'ASSOCIATION QUEBÉCOISE POUR L'ÉTUDE COMPARATIVE DU DROIT*, 6^e Congrès International de droit comparé, Hambourg, 30 juillet – 4 août 1962, 5, 7.

²⁷ BRIERLEY e MACDONALD, *op. cit.*, 71 nota 214. In questo senso si veda anche

Negli anni 1960-1970 tuttavia, l'idea della sostanziale immutabilità del *Code civil* cominciò a subire le prime scosse.

I valori conservatori attribuiti al Codice cominciarono ad essere considerati da molti commentatori arcaici, se non addirittura reazionari. Da più parti si iniziò a criticare il carattere statico e conservatore del Codice. Nel 1961, Louis Baudouin, in una conferenza espressamente dedicata ai problemi della codificazione alla luce delle esperienze contemporanee, non esitò ad includersi nella cerchia di quei moderni civilisti canadesi che consideravano il *Code civil du Bas Canada* «un museo nel quale sono state religiosamente conservate le reliquie di un passato così mantenuto in vita», e che lo reputavano «conservatore, se non (in alcune parti) fortemente reazionario, in proposito alle idee e ai costumi moderni»²⁸.

La reazione di questa parte della dottrina – in contrasto con le prime manifestazioni di «*codal patriotism*»²⁹ che enfatizzavano, all'indomani della codificazione, la salvaguardia dell'eredità giuridico-culturale francese e l'immutabilità delle norme – portò ad una energica spinta verso la modernizzazione del diritto del Québec. Sembra quindi che proprio la natura «ultra conservatrice» del Codice della Provincia del Québec abbia rappresentato un dato non trascurabile, che ha reso indispensabile il processo di riforma del Codice civile iniziato negli anni '60 e terminato con l'emanazione, nel 1994, del Nuovo Codice Civile del Québec. Ma di ciò si tratterà più approfonditamente nella seconda parte di questo volume.

2. *Le bonnes moeurs e l'ordre public nel diritto del Québec precedente alla riforma*

Il riferimento al buon costume come limite all'autonomia privata era contenuto negli articoli 13 e 990 del *Code civil du Bas Ca-*

NORMAND, «*Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec: La sauvegarde de l'intégrité du droit civil*», (1987), in 32 *Mcgill L.J.* 559, 580-582.

²⁸ BAUDOUIN, *Les problèmes de la codification à la lumière des expériences et situations actuelles*, in *Rapports présentés par les juristes membres de L'ASSOCIATION QUEBÉCOISE POUR L'ÉTUDE COMPARATIVE DU DROIT*, 6^e Congrès International de droit comparé, Hambourg, 30 juillet – 4 août 1962, 3: «*Un musée dans lequel ont été religieusement conservées les reliques d'un passé alors toujours vivant. (...) Ce code québécois, il est à peine besoin de le souligner, est avant tout conservateur, sinon même dans certains secteurs fortement réactionnaire, par rapport aux idées et aux moeurs modernes*».

²⁹ BRIERLEY e MACDONALD, *Quebec civil Law, An introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery Publications Limited, 1993, XX.

nada (CcBC). L'art. 13 recitava infatti che «*On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes moeurs*». Come su molte altre questioni, i codificatori del Codice civile del Québec nella stesura dell'art. 13 del CcBC si ispirarono senza alcun dubbio all'art. 6 del Code Napoléon. Nei Rapporti dei codificatori si legge: «l'articolo 13 è copiato dall'art. 6 del Codice Napoleonico; ed è conforme alla giurisprudenza anteriore»³⁰.

Lo stesso si può ripetere per la disposizione contenuta nell'articolo 990 del CcBC del 1866, propriamente dedicato alla illiceità della causa: «*la considération est illegale quand elle est prohibée par la loi, ou contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public*», che corrisponde all'art. 1133 del Code Napoléon.

Il dialogo stretto con la cultura francese non si arresta con la codificazione, ma caratterizza la successiva opera degli interpreti quebecchesi³¹. I richiami non sono solo ai classici Domat e Pothier, ma a tutte le successive generazioni di esegeti francesi. Lo stretto legame con gli autori classici francesi si mantiene anche nella dottrina più recente.

Witold Rodys, ad esempio, nel suo *Corso elementare di diritto civile francese e canadese*, commenta gli articoli 13 e 990 del CcBC riferendosi ampiamente alla dottrina dei canonisti; alle teorie di Domat e di Pothier, dal momento che «*il semble certain que nos codificateurs voulaient reproduire les idées de Pothier dont ils ont suivi les systèmes*»³²; alle idee espresse dai redattori del Codice napoleonico: «*il suffit en effet de comparer les textes des articles 1133 C.N. et 990 C.Q. pour s'apercevoir de leur identité intrinsèque*»³³.

Gli esempi offerti dalla giurisprudenza canadese, ad esemplificazione di queste clausole limitative della libertà contrattuale, erano so-

³⁰ DE LORIMIER, *Bibliothèque du Code civil*, vol. 1, Montréal, 1871, 197 e ss.

³¹ Cfr. ad esempio DE LORIMIER, *Bibliothèque du Code civil*, Montréal, 1882, 686 e ss.; DE BELLEFEUILLE, *Le Code civil annoté étant le Code civil du Bas Canada*, Montréal, Beauchemin & fils, 1889, 218; FRIEDMAN, *Public order and good morals in the law of Québec*, Legal research essays, McGill University Faculty of Law, 1951. Sulla influenza della cultura giuridica francese in Québec, si veda ancora: REITER, «Imported Books, Imported Ideas: Reading European Jurisprudence in Mid-Nineteenth-Century Quebec», in (2004) 22 *Law and History Review*; MORIN, «Portalis c. Bentham? Les objectifs assignés à la codification du droit civil et du droit pénal en France, en Angleterre et au Canada», in *Commission du droit du Canada, La législation en question*, Ottawa, 2000, 141-217.

³² RODYS, *Cours Élémentaire de Droit Civil français et canadien*, Montréal, 1956, 102.

³³ *Ibidem*.

stanzialmente identici a quelli decisi nei tribunali francesi³⁴. Anche nella dottrina quebecchese, come in Francia a partire dalla tarda scuola dell'Esegesi, emerge l'idea di una sostanziale integrazione fra i concetti di *bonnes moeurs* e *ordre public*, che però non ne impedisce la distinzione. I buoni costumi sono parte integrante dell'ordine pubblico: «*la notion des bonnes moeurs est comprise dans celle de l'ordre public*»³⁵; tuttavia, i due concetti sono letti come «distinti benché correlati»³⁶. Così, per esempio, Trudel, preoccupandosi di definire dapprima l'ordine pubblico – che comprende al suo interno «tutto ciò che interessa più direttamente la società, rispetto agli individui. (...)» e, quindi, «ogni disposizione che interessi primariamente la società»³⁷ – considera poi i buoni costumi «evidentemente parte dell'ordine pubblico», precisando, però, che le *bonnes moeurs* «costituiscono una nozione del tutto caratteristica»³⁸. Si può quindi affermare che nella dottrina quebecchese, «*even though it is generally accepted that rules of good morals must also be part of the rules guiding public order, a separate and distinct connotation has always been accorded to good morals*»³⁹.

Altra dottrina sembra più netta nel tracciare la distinzione. Ad esempio Langelier, commentando l'art. 990 del Codice civile, esplicita la distinzione attraverso tre diversi esempi di contratto contrario alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume. Ci si trova in un «limpido caso di contrarietà a norme imperative», allorché Primo promette a Secondo \$500 perché Secondo compia un'aggressione a Terzo (essendo l'interesse di Primo illegale, il contratto non può che essere

³⁴ Contratti che favoriscono la prostituzione, *Bruneau v. Laliberté*, (1901) 19 S.C. 425; *Noël v. Brunet*, (1915) 48 S.C. 119; *Langelier Ltée v. Demers*, (1928) 66 S.C. 120; *Garish v. Duval*, (1854) 7 L.C.J. 127; *Lecker v. Balthazar*, (1909) 15 R. de J. 1; *Mckibbin v. McCone*, (1899) 16 S.C. 126; contratti per organizzare lotte: *Bithell v. Butler*, (1919) 55 S.C. 62.; contratti sul traffico di bevande alcoliche: *Hébert v. Sauvé*, (1932) 38 R.L. 410; *Lavallée v. club Nautique*, (1919) 25 R.L. 423; contratti di gioco d'azzardo, *Rodier v. Genest*, (1961) C.S. 538; contratti di acquisto di libri immorali: *Sutherland v. Gariépy*, (1905) 11 R.de J. 314; *Gagné v. Poulin*, (1923) 29 R. de J. 37; contratti che sottopongono il godimento di immobili o il ricevimento di denaro da parte di una donna alla condizione che si separi dal marito o diventi vedova: *Webster v. Kelly*, (1891) M.L.R. 7, S.C. 25, 33.

³⁵ BILLETTE, *Donations et Testaments*, op. cit., vol. I, 1923, 69; cfr. anche: PERRAULT A., «*Ordre public et bonnes moeurs*», in (1949) *R.du B.* 1, 6; TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, vol. I, 88, VII, 138.

³⁶ CHAILLIES, *What are public order and good morals?*, in *La notion de l'ordre public et des bonnes moeurs dans le droit privé*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Montréal, 1956, 646.

³⁷ TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, vol. I (1942), 88; vol. 7, (1946), 138.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ FRIEDMAN, *Public order and good morals in the law of Québec*, op. cit., 91.

contrario alla legge); ci si trova davanti ad un contratto immorale nel caso in cui Primo si impegna a pagare a Seconda una somma di \$500 perché Seconda viva con lui in concubinaggio; si tratta, infine, di causa contraria all'ordine pubblico allorché Primo prometta a Secondo di pagargli \$10 per ottenere il voto in sede di elezione ovvero per impedirgli di votare⁴⁰. Secondo l'autore canadese, la distinzione fra le tre diverse cause di illiceità non può suscitare alcuna confusione negli interpreti.

Anche Jacques Perrault ritiene opportuno «evidenziare alcune differenze tra *bonnes mœurs* e *ordre public* «nonostante vi siano alcuni giuristi che non si accorgano di tale distinzione e nonostante per essi l'aggiunta delle parole «*bonnes moeurs*» non avrebbe altra conseguenza che conferire al giudice un margine d'apprezzamento di questo o quell'atto giuridico»⁴¹. Il contratto può essere colpito da illiceità sia perché illegale sia perché immorale. L'illegalità discende dalla contrarietà all'ordine pubblico; mentre l'immoralità dalla violazione dei buoni costumi⁴². Normalmente, prosegue l'autore, «sono le leggi a stabilire cosa si intende per ordine pubblico, mentre sono le regole imposte dalla morale alla condotta degli uomini che permettono di distinguere i buoni costumi dai cattivi costumi»⁴³.

È tuttavia rispetto al rapporto tra buoni costumi e morale cristiana che l'esperienza del Québec si caratterizza per i maggiori tratti di originalità.

3. «Good morals, in this Province are christian morals». *L'influenza della morale cristiana nella dottrina e nella giurisprudenza del Québec*

Il Québec rappresentò, almeno fino agli anni '80, un terreno fertile per una lettura delle *bonnes moeurs* di stampo ideale e religioso. Come si è notato, «*Lower Canada had essentially a rural and agricultural economy in 1866. (...) Large and relatively immobile families constituted the basic social structure, one nurtured and reinforced by the Roman Catholic Church*»⁴⁴.

Le fortune delle due grandi letture alternative affacciatesi nella dot-

⁴⁰ Cfr. LANGELIER, *op. cit.*, 375.

⁴¹ J. PERRAULT, *Des stipulations de non-responsabilité*, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 1939, no. 84, 77.

⁴² Cfr. J. PERRAULT, *op. cit.*, no. 84, 77.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ BRIERLEY e MACDONALD, *Quebec civil Law, An introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery Publications Limited, 1993, 42.

trina francese del XX secolo (quella ideale di Ripert e quella sociologica di Demogue) sono state in Québec ben diverse che nel paese di origine⁴⁵. Mentre in Francia la dottrina della morale cristiana e trascendente proclamata da Ripert non riscosse un ampio consenso, in Québec tale concezione fu ampiamente recepita e applicata. Il cattolicesimo era parte integrante dell'identità del Québec; è quindi del tutto naturale che l'elemento sostanziale dei «costumi» rilevanti per il diritto venisse fatto coincidere con i principi di una morale sociale a carattere cristiano⁴⁶.

Quando si parla di *bonnes moeurs* in Québec, si registra una maggior propensione ad attribuire ad essi una matrice cristiana, sostanzialmente riconosciuta e accettata dall'intera compagine sociale. In Québec «*il semble bien que l'élément matériel des «mœurs» soit une morale sociale à caractère chrétien*»⁴⁷.

La influenza del cattolicesimo gioca un ruolo significativo nella tradizione giuridica del Québec. La Chiesa cattolica, in Québec, ha per lungo tempo rappresentato un simbolo di coesione sociale e il fattore di conservazione della lingua, della cultura e dell'identità franco-canadese; molte delle istituzioni chiave della vita sociale del Québec sono vissute sotto la responsabilità della Chiesa. «*Before 1960, the Church exercised a virtual monopoly over education, health care, and the social services offered to French Quebecers who formed the majority of the population*». Durante gli anni come premier del conservatore Duplessis, dal 1944 al 1959, egli aveva dichiarato il Québec «*a Catholic province and actively promoted the Church's welfare*», limitando l'azione dello Stato a quei campi in cui «*the first agents of society (the family and the Church) were as yet incapable of fulfilling their responsibilities*»⁴⁸.

Da più parti si è riconosciuto, nel Codice civile del Québec, un «autoritarismo morale»⁴⁹ qualificato da connotazioni settarie e idealistiche. Si è detto che «*the Code's sectarian (particularly Roman*

⁴⁵ J. PERRAULT, *op. cit.*, no. 84, 77: «*However, in the Province of Québec, Ripert's theory has fairly wide support*».

⁴⁶ LA CHAPELLE, *L'ordre public et les bonnes moeurs dans la province de Québec*, 1951, 75-76: «*Il semble bien que l'élément matériel des «mœurs» soit une morale sociale à caractère chrétien*».

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ SELJAK, «*Why the Quiet Revolution was «Quiet»: The Catholic Church's Reaction to the Secularization of Nationalism in Quebec after 1960*», in *Canadian Catholic Historical Association, Historical Studies*, 62 (1996), 110-111.

⁴⁹ BRIERLEY e MACDONALD, *Quebec civil Law, An introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery Publications Limited, 1993, 42. Si veda anche, CRÉPEAU, «*Civil Code revision in Québec*», in (1974), 34 *LouisianaL. Rev.* 921, 931.

Catholic) tendencies are among its most patent, and doctrinally noticed, characteristics»⁵⁰.

In tale clima è naturale che la nozione di buon costume nel diritto civile del Québec sia stata vista in funzione della preservazione dei costumi tradizionali, di matrice cristiana, attraverso l'attribuzione di un carattere di immutabilità al suo contenuto.

Nel dibattito dottrinale è sempre stata prevalente l'identificazione tra i buoni costumi e le regole della morale cristiana, affermata alle volte con toni più categorici, altre volte con toni più sfumati.

Per Langelier «la morale che il legislatore ha in mente (...) è incontestabilmente la morale cristiana. (...); una condizione contraria ai buoni costumi è evidentemente contraria alla morale (...), e quindi nulla»⁵¹. «Il cristianesimo – prosegue – è parte del nostro diritto pubblico, di conseguenza tutto ciò che viola le regole cristiane è proibito dalle nostre leggi»⁵². Nello stesso senso si pronuncia anche Trudel: «la morale e le *bonnes mœurs* sono parte integrante delle nostre leggi cristiane e della nostra concezione dell'ordine pubblico; i buoni costumi sono basati sulla morale cristiana. Tutto ciò che è inganno o che è immorale è incompatibile con essi»⁵³.

Nel contesto del Québec, non vi è alcuna contrapposizione tra il richiamo alla morale cristiana e quello alla volontà del legislatore. Lo stesso Langelier⁵⁴ ebbe a definire le *bonnes mœurs* come «i costumi (*les mœurs*) conformi alla morale così come intesa dal legislatore»⁵⁵. La legislazione in Quebec è vista come l'espressione di una tradizione giuridica intrisa di cattolicesimo ed è quindi normale che la morale «intesa dal legislatore» sia quella cristiana.

⁵⁰ BRIERLEY e MACDONALD, *Quebec civil Law, An introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery Publications Limited, 1993, 42.

⁵¹ LANGELIER, *Cours de droit civil de la Province de Québec*, T. I, Montréal, Wilson & Lafleur, 1905, 92-93.

⁵² LANGELIER, *op. cit.*, 92-93: «*Le christianisme forme partie de notre droit public*» – e quindi – «*tout ce qui viole les lois du christianisme est donc prohibé par nos lois*». La morale cui deve guardare il legislatore è «*incontestablement la morale chrétienne; c'est une règle de notre droit public que: Christianity is part and parcel of the common law of England. Ce qui veut dire que le christianisme forme partie du droit coutumier de l'Angleterre. On doit donc décider que toute convention contraire à la morale chrétienne est contraire aux bonnes mœurs, au sens de notre article, et est, par le même, frappée de nullité*».

⁵³ TRUDEL, *Traité du droit civil du Québec*, vol. I, Montréal, Wilson & Lafleur, 1942, 86: «*Les bonnes mœurs sont basées sur la morale chrétienne. Tout ce qui touche à la fraude ou à l'immoralité est incompatible avec elles*».

⁵⁴ LANGELIER, *Cours de droit civil de la Province de Québec*. T. I, Montréal, Wilson & Lafleur, 1905, 92.

⁵⁵ LANGELIER, *op. cit.*, 93: «*Les mœurs conformes à la morale, telle que le législateur l'entend*».

Il nesso profondo tra il diritto e la morale cristiana è evidente anche nelle sentenze delle Corti del Québec.

Nel caso *Sutherland v. Gariépy*, il giudice, sottoscrivendo la teoria della morale cristiana, dichiarò invalido il contratto di compravendita di una serie di libri di Balzac concluso da parte di un acquirente di fede cattolica, che ignorava che i suddetti libri fossero menzionati nell'*Index librorum prohibitorum*; la lettura di questi libri da parte di un buon cattolico è vietata. Il giudice motivò la decisione in questi termini: «le nostre leggi (e il nostro Codice civile altro non è che una legge generale) sono state emanate come legislazione cristiana da uno stato cristiano. Con il rispetto dovuto alle confessioni religiose, non ci può essere altra base per l'interpretazione delle nostre leggi al di fuori dei principi e delle regole della morale cristiana»⁵⁶. Ne discende che, per un cattolico, un libro è immorale se è presente nell'Indice dei libri proibiti dalla Chiesa cattolica⁵⁷.

In un altro noto caso (*Hébert v. Sauvé*), in cui gli attori reclamavano la ripetizione delle somme pagate per l'acquisto di una cassa di liquori, la cui vendita era proibita dalla «*Loi de Prohibition de Québec*», il giudice nella sentenza ha voluto dichiarare espressamente di rifiutare l'impostazione di Demogue e di accogliere piuttosto quella di Ripert: «*Considérant que cette Cour ne saurait approuver la doctrine de M. Demogue (...). Considérant qu'elle croit devoir accepter de préférence l'opinion de M. Ripert, telle qu'on la trouve dans son ouvrage «La règle morale dans les obligations civiles» aux pages 42, 75 et suivantes (...). Considérant que M. le juge C.C. de Lorimier a soutenu la même doctrine dans une cause de Sutherland v. Gariépy: les tribunaux sont tenus d'interpréter ces mêmes lois civiles non pas seulement dans le sens que ce sont des lois justes et qui doivent être interprétées conformément aux règles de la morale chrétienne, base de nos lois civiles elles-mêmes. Déclare la demande du demandeur im-*

⁵⁶ *Sutherland v. Gariépy*, (1905) 11 *R. de J.* 314, 319: «*Nos lois, et notre Code civil n'est qu'une loi générale, ont été édictées comme législation chrétienne, pour un pays chrétien. Tout en respectant les croyances religieuses, il ne peut y avoir d'autre base pour l'interprétation de nos lois que les principes et les règles de la morale chrétienne*»; la stessa conclusione si trova nel caso *Leroux v. Robert*, [1948] *R. L.* 410, 421.

⁵⁷ Cfr. DELORIMIER, *Sutherland v. Gariépy*, (1905) 11 *R. de J.* 314, 319; *Leroux v. Robert* [1948] *R. L.* 410, 421. Contra: *Tache v. Derome*, 1890, 6 *MLR-SC*- 178: «*as the interpretation will not vary because of the persons concerned, but ... cover all contracts of like classes, no matter who the contracting parties may be. What I take it the Courts have to deal with in the maintenance of contracts is not the conscience of the individual but that great public conscience which quickens and gives life to the body of the civil law, whose interpreters we are*», *Gagné v. Poulin*, (1923) 29 *R. de J.* 37; *B. v. L.*, 1949, *CS*, 390.

morale tant dans sa source que dans ses conséquences, indigne d'être entendue et jugée, abusive en droit, et met en conséquence les parties hors de Cour»⁵⁸.

Il giudice, sulla base di ampi riferimenti alla dottrina anche quebecchese⁵⁹, afferma poi con convinzione: «*l'expression bonnes moeurs veut dire les moeurs conformes à la morale, telle que le législateur l'entend, c'est à dire la morale chrétienne*»⁶⁰, «*en conséquence, les tribunaux ne peuvent accueillir la demande basée sur une transaction contraire aux bonnes moeurs, même pour la répétition de somme déboursées pour achat de liqueurs alcooliques en contravention de la loi*»⁶¹.

Si potrebbe dunque, un po' sbrigativamente, affermare che in Québec si assiste alla rivincita di Ripert su Demogue e sul modello sociologico. Nel 1956 George Chaillies poteva dichiarare che: «*good morals in this Province are Christian morals and there is no support for the theory of Demogue*»⁶².

Tale affermazione sembra solo parzialmente giustificata.

Quanto meno a partire dagli anni '50, non sfugge alla dottrina la mutevolezza delle regole morali nei diversi tempi e luoghi, e la loro permeabilità a tradizioni e scelte pubbliche proprie di ogni società: la «*multiplicité même des systèmes de moralité à la surface du globe, et la variabilité du code de chaque système local a fait dégénérer la notion de moeurs en un concept générique qui réunit aujourd'hui à des degrés divers les manières, les coutumes, les traditions, les mores, la loi, l'éthique, et l'opinion publique*»⁶³.

Anziché parlare di buon costume in dottrina, si inizia a parlare semplicemente dei «*moeurs*» contenuti negli articoli 13 e 990 del *Code civil du Bas Canada*. I costumi, contenuti nell'articolo 13, rimarrebbero delle regole morali, ma intese come regole che, nel diritto ormai secolarizzato, potrebbero coincidere con le regole religiose quando

⁵⁸ Hébert v. Sauvé, (1937), 38 R.L., 420 e ss.

⁵⁹ Oltre al continuo riferimento a Ripert, si ritrovano anche riferimenti a Langelier e alla motivazione del giudice de Lorimier nella già citata sentenza Sutherland v. Garipey, (1905) 11 R. de J. 314.

⁶⁰ Hébert v. Sauvé, (1932) 38 R.L. 411.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² CHALLIES, *What are public order and good morals?*, in *La notion de l'ordre public et des bonnes moeurs dans le droit privé*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Montréal, 1956, 673. Demogue dichiarava invece che «*les bonnes moeurs ne se déterminent pas d'après un idéal religieux ou philosophique, mais d'après les faits et l'opinion commune*», DEMOGUE, *Traité des obligations en général, Sources des Obligations*, T. I, Paris, Rousseau, 1925, 30.

⁶³ LA CHAPELLE, *op. cit.*, 73 e ss.

queste ultime corrispondano anche alle regole sociali⁶⁴. Nei confronti di quella opinione più tradizionale che insiste nell'identificare la clausola del buon costume con i principi della morale cristiana, questa dottrina risponde rinviando ad una morale politica, la quale si qualifica come morale «cristiana» per una convenzione accolta a causa di una riconosciuta tendenza generale; ciò che l'ordinamento giuridico contempla è «*avant tout l'établissement d'une morale politique*», che solo preso atto del contesto di una data società, «*peut être une morale chrétienne*»⁶⁵.

In questo senso, nella dottrina québecchese si intrecciano le letture già illustrate nel percorso evolutivo della nozione di *bonnes moeurs* in Francia: quella sociologica per alcuni aspetti, quella giuridicizzata per altri, senza disconoscere comunque l'apporto, del tutto peculiare e centrale, della morale cristiana nella vita sociale e giuridica del Québec.

La dottrina del Québec non vive fuori dal suo tempo, e non coltiva l'idea di una morale giusnaturalista coincidente con la morale cristiana; piuttosto, sottolinea il carattere cristiano della tradizione giuridica e/o della società locale, ed è in nome di esso che identifica i buoni costumi con la morale cristiana.

La scelta è dunque in definitiva una scelta giuridico-politica, e per ciò stesso riconducibile all'ordine pubblico: «*C'est l'ordre juridique que fixe ici une norme déterminante des moeurs, qui reconnaît certaines moeurs comme consacrant effectivement la règle du droit, et qui en écarte d'autres comme impuissantes à remplir une fonction juridique, qui en rejettent d'autres enfin comme indésirables parce que non conformes à l'idéal d'ordre public*»⁶⁶.

Secondo questa dottrina, l'elemento formale dei *moeurs*, a questo punto, non può che coincidere con «*un élément juridique à tendance politique et découlant directement de la notion d'ordre public*»⁶⁷.

Volendo sviluppare un parallelo con gli autori citati nei precedenti capitoli, si può forse sostenere che la vicinanza con il pensiero di Trabucchi (secondo il quale la morale sociale è intimamente connessa alla tradizione cristiana che ha pervaso la nostra civiltà) è perfino più forte che quella con Ripert.

⁶⁴ *Ibidem.*

⁶⁵ *Ibidem.*

⁶⁶ *Ibidem.*

⁶⁷ LA CHAPELLE, *op. cit.*, 73 e ss.

PARTE II

L'erosione delle *bonnes moeurs*
nel diritto civile contemporaneo

CAPITOLO I

L'erosione delle bonnes moeurs in Francia e la loro inclusione nella nozione di ordine pubblico

SOMMARIO: 1. Sradicati i buoni costumi, l'ordine pubblico trionfa. – 2. Le *bonnes moeurs* condannate dalla libertà. – 3. Dall'ordine pubblico classico all'ordine pubblico economico, politico, morale. – 4. «I buoni costumi sono morti! Viva l'ordine pubblico filantropico!».

1. *Sradicati i buoni costumi, l'ordine pubblico trionfa*

A partire dalla metà del XX secolo, la dottrina e la giurisprudenza francesi hanno cominciato a combinare le due formule, ordine pubblico e buon costume, come espressione di un concetto unitario, nell'ambito del quale l'ordine pubblico assume un ruolo del tutto preminente e il buon costume «soltanto un ruolo accessorio»¹. Philippe Malaurie ha evidenziato come le due formule, nella giurisprudenza e nelle dottrine più accreditate, siano considerate come intercambiabili e come, «*les bonnes moeurs ne jouent que un rôle accessoire à l'ordre public, elles ont pour but de lui apporter un supplément de clarté, de montrer aux Tribunaux qu'ils ne doivent pas concevoir l'ordre public comme une opportunité politique et sociale, mais qu'il est aussi constitué par un certain nombre de principes moraux*»².

Una presa d'atto e insieme una spinta verso questo processo di assimilazione del buon costume all'ordine pubblico è stato il Progetto di riforma del Codice civile³, avviato alla fine del 1944 nella

¹ MALAURIE, *Rapport général*, in *La notion de l'ordre public et des bonnes moeurs dans le droit privé*, *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, 621 e ss.

² MALAURIE-AYNÈS, *op. cit.*, 75.

³ Sulla riforma del Codice civile francese, si vedano: DE LA MORANDIÈRE, «*The Reform of the French Civil Code*», in 97 *U. Pa. L. Rev.*, 1, 1948-1949 e di NIBOYET, «*La question d'un nouveau code civil en France*», in «*Tulane Law Review*», 29, 1954-1955, 254-268 (Julliot de la Morandière fu Presidente della Commissione di riforma del Codice civile, e Niboyet fu membro della stessa e segretario generale dell'Associazione Henri Capitant); i verbali delle sedute dei lavori di riforma, sono

Francia ormai liberata dall'occupazione tedesca. L'Associazione Henri Capitant, su iniziativa di Charpentier e Niboyet, aveva suggerito al Ministro della Giustizia di intraprendere la revisione del Codice civile.

Dalla lettura dei verbali dei *Travaux de la Commission de Réforme du Code civil*, dedicati alle obbligazioni, è chiaramente visibile l'intenzione di recepire lo sviluppo avvenuto nel corso degli anni sul contenuto e sugli ambiti di operatività delle nozioni di buon costume e di ordine pubblico, e di conformare le norme del Codice ad una prassi sociale ormai mutata, facendo a meno dell'espressione *bonnes moeurs* all'interno degli articoli 6 e 1133 del Codice. Nei verbali della sessione dell'11 dicembre del 1947, dedicata alla causa del contratto, si legge che la Commissione incaricata dei lavori sulle obbligazioni⁴, dopo aver discusso animatamente sulla causa del contratto, prese in esame l'articolo del progetto sull'illiceità della causa, secondo il quale «l'atto è invalido quando la volontà dell'autore dell'atto, o di uno di essi, è stata determinata da una causa contraria alle norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume»⁵ («*l'acte n'est pas valable lorsque la volonté de son auteur ou d'un de ses auteurs a été déterminée par une cause contraire à une disposition légale impérative, à l'ordre public ou aux bonnes moeurs*»). L'articolo provocò un intenso dibattito all'interno della commissione. La discussione verteva su due proposte di modifica: sostituire il termine «causa» con il termine «motivo» dell'atto e rimuovere la clausola del buon costume.

Nei verbali della Commissione si legge: «l'espressione «*bonnes moeurs*» sarà soppressa dal testo. *L'ordre public* è un'espressione sufficientemente ampia; ogni violazione del buon costume costituisce una violazione dell'ordine pubblico». Pertanto, il nuovo articolo sull'illiceità della causa proposto e adottato dalla commissione è il seguente: «l'atto è invalido quando la volontà dell'autore o degli autori, è stata determinata da un motivo contrario a una disposizione di legge imperativa, o all'ordine pubblico»⁶. In seguito ad una vivace discussione

pubblicati in ordine cronologico nei *Travaux de la Commission de Réforme du Code civil*, Sirey, Paris, 1947-1948 e 1948-1949.

⁴ La Sotto-Commissione che lavorava al titolo «Obbligazioni» era composta dal Presidente Lyon-Caen, Rateau, Latournerie, Niboyet, Mazeaud, De Lapanouse, Houin (Secrétaire général), Boitard, Mallet (secrétaire).

⁵ Art. 3 del progetto, in *Procès Verbal Analytique de la réunion du 27 novembre 1947, Actes juridiques et obligations*, in *Travaux de la Commission de réforme du Code civil, 1947-1948*, Sirey, 1947-1948, 56-57.

⁶ Art. 44 dell'*Avant Projet du code civil*, Par. 6, *De la cause*, in *Procès Verbal Analytique de la réunion du 27 novembre 1947, Actes juridiques et obligations*, in *Travaux de la Commission de réforme du Code civil, 1947-1948*, Sirey, 1947-1948,

tra Niboyet e Mazeaud, la Commissione plenaria, il 30 gennaio 1948, adottò però una formulazione di compromesso, ritenendo che il richiamo al buon costume fosse una ridondanza ma non una inesattezza⁷, dal momento che apportava chiarezza al concetto di ordine pubblico. L'articolo modificato statuiva infine: «*l'acte juridique ne peut un effet être prohibé par une disposition légale impérative ou contraire à l'ordre public, notamment aux bonnes moeurs*»⁸.

I progetti di riforma del *Code civil* non ebbero seguito e il testo dell'articolo 1133 c.c., che contempla al suo interno la triplice ipotesi di illiceità del contratto (contrarietà alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume), è rimasto immutato.

Si deve notare, tuttavia, che la lettura della clausola del buon costume come autonoma e distinta da quella di ordine pubblico è stata di fatto abbandonata dalla giurisprudenza, che ha iniziato a considerare il buon costume soltanto come una componente della clausola di ordine pubblico, nel particolare ambito delle relazioni sessuali⁹. Ciò risulta evidente in molti casi decisi dalle corti francesi. Ad esempio, in un noto caso di «affitto dell'utero» il Tribunale di Marsiglia giudicò illecito il contratto di *prêt d'utérus* perché «*contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs tels que définis par les textes en vigueur*», utilizzando le due espressioni (*ordre public* e *bonnes moeurs*) come due aspetti di una medesima clausola¹⁰.

La dottrina francese è del medesimo avviso: rispetto all'ordine pubblico le *bonnes moeurs* «*n'en représentent en réalité qu'un aspect, relatif à la morale, en particulier sexuelle*»¹¹. I buoni costumi fusi, così, nell'ordine pubblico, «*rendent compte d'une morale sociale conçue*

56-57: «*L'acte n'est pas valable lorsque la volonté de son auteur ou d'un de ses auteurs a été déterminée par un motif contraire à une disposition légale impérative ou à l'ordre public*».

⁷ Con queste espressioni si pronunciò la Commissione plenaria nella riunione del 30 gennaio 1948, cfr. *Travaux de la Commission de réforme du Code civil, année 1947-1948*, Paris, Sirey, 1947-1948, 257.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Sono contrari all'«*ordre public et aux bonnes moeurs*» ad esempio i contratti di *strip-tease*: Trib. Gr. Inst. Paris, 8 novembre 1973, in *Dalloz* 1975, 401; i contratti che prevedono elargizioni a favore della concubina perché mantenga la relazione: Cass. 1 civ., 28 juin 1988, in *Dalloz* 1989,181; App. Paris, 9 juin 1987, in *Dalloz* 1987, 166; App. Montpellier 5 avril 1990, in *Dalloz* 1993, 232; le clausole di celibato nei contratti di lavoro: App. Paris, 30 avril 1963, in *Dalloz*, 1963, Jurispr., 428, oltre che la più recente «*convention de prêt d'utérus*» su cui cfr. la nota che segue.

¹⁰ Trib. Gr. Inst. Marseille, 16 décembre 1987, *Association Alma Mater*, n. 8815655, in *J.C.P.* 1990 II. 21526.

¹¹ BRUNETTI-PONS, *La conformité des actes juridiques à l'ordre public*, in *Etudes offerts à Philippe Malinvaud*, 2007, 105.

comme constituant le fondement d'une société, à travers d'institutions telles que le mariage»¹²; Ghestin definisce le *bonnes moeurs* come «l'aspetto morale dell'ordine pubblico»¹³, da quest'ultimo inseparabile e diretto sostanzialmente ad assicurare il rispetto della morale sessuale e, più indirettamente, del matrimonio e della famiglia¹⁴.

Relativamente alla determinazione dei buoni costumi, si continua ad affermare che il giudice deve far riferimento alla pratica generalmente seguita dai consociati¹⁵, rintracciabile attraverso indagini sociologiche sul comportamento¹⁶. Proprio l'evoluzione della società è invocata a giustificare l'ampliamento della sfera di azione dell'autonomia privata in ambiti quali le relazioni extra matrimoniali. Oggi, per determinare le *bonnes moeurs*, si guarda al costume delle persone oneste, la cui trasgressione danneggia i valori e le istituzioni essenziali del corpo sociale¹⁷.

Una osservazione realistica sul contenuto e sul ruolo del buon costume nel diritto civile attuale non può non riconoscere tuttavia che nella società contemporanea, laicizzata e pluralista, si assiste all'erosione dei buoni costumi. I buoni costumi sembrano non aver più un senso in un contesto sociale permissivo come quello attuale; la possibilità di determinare, al di fuori della sfera di autonomia del singolo, ciò che è buono e ciò che non lo è sembra ormai scomparsa del tutto. Ad incrinare la possibilità di un autonomo ruolo delle *bonnes moeurs* nel diritto civile è infatti il rischio, evidenziato dalla dottrina anche in passato, di investire il giudice di una missione di salubrità sociale, e di «affidargli la salvaguardia dell'etica essenziale degli elementi sani della popolazione»¹⁸. Sebbene il compito del giudice non sia quello di «creare» ma di «leggere» nella realtà sociale e di «esprimere» i limiti del buon costume, egli conserva un margine di apprezzamento considerevole, che suscita molti timori. Il timore è quello di un'interpretazione che parta dalle convinzioni morali personali del giudice, il quale diventerebbe un «censore morale».

L'identificazione dei *buoni* costumi è difficile nel momento in cui

¹² *Ibidem*; questa posizione è sostenuta anche da MALINVAUD, *Droit des obligations*, 9 ed., Paris, Litec, 2005, n. 252.

¹³ GHESTIN, *Traité de droit civil, Les Obligations, Le contrat*, Paris, L.J.D.J., 1980, 78, § 111, *Les Obligations, Le contrat*, L.J.D.J., 1980, 78, § 111.

¹⁴ Cfr., GHESTIN, *Traité de droit civil, Les Obligations, Le contrat*, Paris, L.J.D.J., 1980, 78, § 111.

¹⁵ Cfr., CARBONNIER, *Introduction*, Paris, PUF, 1993, § 28.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ MALAURIE-AYNÈS, *Cours de droit civil, Obligations, contrats et quasi contrats*, Paris, Cujas, 2001/2002, 156.

¹⁸ Trib. Gr. Inst., Paris 8 novembre 1973, in *Dalloz* 1975, 401.

è difficile identificare una morale che sia trascendente ma interamente slegata dalla religione. All'invocazione della morale si preferisce il riferimento ad una più modesta moralità pubblica, contingente, variabile e collegata alla sensibilità della collettività in un dato tempo e in un dato spazio¹⁹.

Di fronte al rischio di lasciare troppo spazio alle valutazioni soggettive del singolo giudice, si è sottolineato l'utilità del controllo svolto dalla Corte di Cassazione, che si è spesso mostrata attenta all'evoluzione dell'opinione pubblica²⁰. I giudici, quindi sotto il controllo della Corte di Cassazione, sono chiamati ad individuare i buoni costumi ritenuti tali dalla maggior parte dei francesi in uno spirito di prevalente tolleranza (senza però eccedere in un atteggiamento permissivo)²¹. Tuttavia, è facile obiettare che, se il controllo della Corte di Cassazione da un lato garantisce e preserva il cittadino dall'arbitrarietà dei giudici, dall'altro non lo tutela dall'arbitrio della Corte stessa. Il rischio di «*voir consacrées, en lieu et place de la coutume des moeurs, les conceptions morales de la magistrature entendues comme celles de la Cour de cassation*»²² resta insuperato ed è aggravato dal fatto che la Corte, «*impuissante à déchiffrer directement la coutume dans la réalité sociale, (...) doit se contenter, pour découvrir l'opinion de la société française en un lieu et temps donnés, de l'aide de divers éléments: existence ou absence de textes spéciaux, pratique sociales effectives, sentiment des citoyens sur les moeurs*»²³.

In Francia emerge dunque forte il timore di un eccessivo soggettivismo nell'interpretazione della clausola del buon costume da parte dei tribunali, soprattutto di fronte alla perdita di una concezione unitaria di morale accettata e condivisa dalla pluralità dei cittadini.

È del tutto evidente che di fronte ad un panorama sociale variegato e mutevole ogni interpretazione dell'opinione dominante si presta ad essere discussa. Ad esempio, di fronte al riconoscimento, operato dalla *Cour de cassation* francese, della validità delle elargizioni de-

¹⁹ Nel 1999 la *Cour de cassation* giudicò valida, perché non contraria al buon costume, la donazione destinata a mantenere delle relazioni adulterine: Cass. Civ. 2, 3 février 1999, in *JCP* 1999, I, 143, 152.

²⁰ GHESTIN, *Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 1980, 80.

²¹ GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le Contrat*, Paris, L.G.D.J., 1980, 80: «*Il est permis de penser que les tribunaux, sous le contrôle de la Cour de cassation, qui n'est d'ailleurs pas insensible à l'opinion publique, surtout en un tel domaine, peuvent déterminer, dans l'esprit de tolérance qui tend à prévaloir aujourd'hui, mais sans laisser-faire excessif, les bonnes moeurs tenues pour telles par la majorité des Français*».

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

stinate a mantenere in vita una relazione extra coniugale²⁴, pur approvato da una parte della dottrina, la Corte fu, in realtà, tacciata d'immoralità da un'ampia parte dell'opinione pubblica francese, la quale, se da un lato si è mostrata tollerante verso le relazioni extra matrimoniali, dall'altro, non è incline ad accettare che esse siano caratterizzate dall'elemento retributivo. In altri casi invece la Corte è stata criticata perché troppo conservatrice (così, ad esempio, in materia di attribuzioni patrimoniali nell'ambito di una relazione omosessuale²⁵).

Il processo di liberalizzazione dei costumi determina 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 progressivo riconoscimento giuridico della sfera della libertà del singolo in nuovi ambiti²⁶.

Può così accadere che il divieto del compimento di atti «immorali» sia sostituito – in assenza di una morale oggettiva ben definita – da un diritto alla differenza rivendicato da alcuni gruppi sociali²⁷.

Questo sviluppo del principio di autodeterminazione ha letteralmente sradicato i buoni costumi. Questi sono presi in considerazione solo se (e quando) la loro violazione produca conseguenze inaccettabili per l'ordine sociale, quando, cioè, tali conseguenze siano valutate come «contrarie» all'ordine pubblico: «*Évincées les bonnes moeurs...et voici que triomphe l'ordre public*»²⁸.

2. *Le bonnes moeurs condannate dalla libertà*

Nell'esperienza giuridica francese, come si è osservato acutamente in dottrina²⁹, la consacrazione della libertà del soggetto nella sfera pri-

²⁴ Oltre alla già citata Cass. civ. 2, 3 février 1999, in *JCP* 1999, I, 143, 152: «*ce n'est pas contraire aux bonnes moeurs la cause de libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire*», cfr. Cass., Ass. plénière, 29 octobre 2004, n. 519, 03-11.238, in *JCP général* 2004, n. 46, 10 novembre, 566, 2011; Cass., 1 civ., 25 janvier 2005, 96-19.878, in *Bulletin* 2005, I, N° 35, 27.

²⁵ Si veda Cass. soc., 11 juillet 1989, in *JCP* 1990, II, 21553. In questa controversia, la Corte ha accolto l'impostazione dell'avvocato generale, che aveva invocato la morale e i buoni costumi per imporre l'eterogeneità dei sessi dei concubini ai fini della validità delle attribuzioni patrimoniali.

²⁶ Cfr. FENOUILLET, *Les bonnes moeurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique!*, Paris, Études Catala, Litec, 2001, 489.

²⁷ GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, Paris, L.G.D.J., 1980, 80; ma anche in PINEAU, BURMAN, GAUDET, *Théorie des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, 256.

²⁸ FENOUILLET, *Les bonnes moeurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique!*, Paris, Études Catala, Litec, 2001, 489.

²⁹ Cfr. FENOUILLET, *op. cit.*, 493.

vata e familiare sembra mettere in discussione il concetto stesso di «buon» costume. La nozione generalmente accettata di costume, che rimanda alle pratiche di vita, è impiegata in maniera neutra, senza alcun giudizio valoriale, e senza stabilire nessun legame tra il costume e le virtù. Ora, questa definizione di *moeurs* oggettiva, proprio in quanto coincidente con le pratiche personali di vita, rende evidente che la libertà personale tende a sottrarsi a limitazioni da parte del diritto.

Si prenda ad esempio l'istituto della famiglia; se in passato esso si basava sul modello del *bon père de famille*, oggi il pluralismo giuridico implica che ci siano «*désormais de multiples façons d'être "bon père de famille"*»³⁰. I costumi sono oggi diversi e molto meno definiti. Possono essere presi in considerazione solo in quanto «pratiche di vita», scevre da ogni giudizio di valore.

Si è sostenuto in dottrina – con ragioni che paiono convincenti – che l'erosione dei buoni costumi derivi da due elementi cardine della «libertà della vita privata»³¹: in primo luogo, il diritto alla riservatezza, che impedisce a qualunque persona di ingerirsi nella vita privata di un terzo; in secondo luogo, il diritto all'autodeterminazione, che vieta a chiunque di cercare di «*infléchir, par quelque moyen que ce soit, la conduite par une personne de sa vie privée*»³². Appare limpidamente dalle vicende analizzate finora che «*les bonnes moeurs sont condamnées par la liberté*»³³. Dal momento che il soggetto ha il pieno diritto di determinare liberamente i propri costumi di vita e anche di tenerli segreti, il diritto non ha più alcuna facoltà di intervenire per dettare una condotta piuttosto che un'altra. Se i costumi sono propri e sono liberi non devono essere oggetto di un giudizio altrui, non devono essere «buoni». Pare quindi che resti davvero ben poco del concetto di «buoni costumi», se la libertà della vita privata identifica i costumi solo come espressione della determinazione del soggetto³⁴. Ma fino a che punto i costumi sono «propri» e sono «liberi»?

Sebbene la libertà di autodeterminazione del singolo ostacoli in misura crescente il diritto nell'imporre il rispetto dei «buoni» costumi, non ammettere che tale libertà incontri dei limiti sembrerebbe utopistico. Riconoscere sul piano dei *moeurs* la assoluta libertà dei singoli è di fatto impossibile, basti pensare alle interferenze possibili

³⁰ *Ibidem.*

³¹ FENOUILLET, *op. cit.*, 493.

³² *Ibidem.*

³³ *Ibidem.*

³⁴ FENOUILLET, *Les bonnes moeurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique!*, in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle*, Paris, Litec, 2011, 493.

con i costumi e le libertà dei terzi. Alla domanda: se sussistano ancora dei limiti «esterni» alla libertà dei costumi, la risposta non può che essere affermativa. La libertà del singolo trova un limite nell'interesse pubblico che è al centro della nozione di ordine pubblico. «*La liberté des mœurs, qui découle de la vie privée s'arrête devant un intérêt dont l'importance est telle, pour la société, qu'il doit l'emporter. Et c'est ainsi que l'analyse des «bonnes mœurs», en conduisant à l'abrogation formelle de ces «bonnes» mœurs et à l'insuffisance d'une détermination «coutumière» des «mauvaises» mœurs, renvoie l'interprète à un nouveau mystère, celui de l'ordre public*»³⁵. 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 sociologica, conduce i giuristi verso un nuovo terreno, altrettanto misterioso, quello appunto dell'ordine pubblico.

L'ordine pubblico all'interno del diritto privato attuale sembra quindi assumere un ruolo più preciso, ma meno ambizioso: «*Modeste et sans gloire, l'Ordre public n'est plus guère que l'antithèse de la liberté contractuelle*»³⁶.

3. Dall'ordine pubblico classico all'ordine pubblico economico, politico, morale

Se si restringe il ruolo dei buoni costumi, si espande quello dell'ordine pubblico. La nozione stessa di ordine pubblico, come principio che esprime interessi fondamentali dello Stato, accresce il suo ambito di applicazione, talvolta sovrapponendosi, tal'altra sostituendosi agli interessi individuali, con la conseguenza di una «frantumazione dell'originaria e unitaria nozione di ordine pubblico». In dottrina si inizia quindi a parlare di ordini pubblici particolari³⁷. Sorge,

³⁵ FENOUILLET, *op. cit.*, 508.

³⁶ FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, Durand-Auzias, 1962, 29. Nella dottrina più recente si veda HAUSER-LEMOULAND, «*Ordre public et bonnes mœurs*», in *Repertoire de droit civil Dalloz*, mars 2004, n. 23.

³⁷ In dottrina cfr.: MALAURIE, *Rapport général*, in *Travaux de l'Assoc. Capitant*, 750-752, RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, Durand-Auzias, 1948, 255 e ss; FARJAT, *L'ordre public économique*, Durand-Auzias, Paris 1962, BERTRAND, *Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Etudes offerts à Georges Ripert*, Paris, LGDJ, 1950, I, 160 e ss., SAVATIER, «*L'ordre public économique*», in *Rec. Dalloz* 1965, 39 e ss; JOSSELAND, «*Un ordre public nouveau*», in *Dalloz Hebdomadaire* 1937, 41 e seg. Anche nella giurisprudenza si è fatto riferimento all'«*ordre public composite*», cfr. Civ. 3e civ., 2 juin 1999, con nota di Beaugendre S., in *Dalloz* 2000, n. 35, 733-736.

così, a fianco dell'ordine pubblico classico³⁸ o tradizionale³⁹ – posto a tutela degli interessi dell'individuo nella sua sfera extrapatrimoniale e della famiglia – anche un «ordine pubblico economico»⁴⁰, volto specificamente a proteggere gli interessi economici della società e dell'individuo, al cui interno si può distinguere un «ordre public de direction économique», volto a garantire l'indirizzo economico dello Stato contro quei contratti fra privati che potrebbero minacciarlo; e un «ordre public de protection» volto a proteggere la parte più debole nella conclusione di determinati contratti⁴¹.

Gérard Farjat parla dell'ordine pubblico economico come un capitolo nuovo dell'ordine pubblico classico – in quanto nuova è la natura delle regole che lo compongono – che si adatta tuttavia a vivere nell'insieme di quei principi tradizionali tutelati dai suoi antecedenti: l'ordine pubblico morale e l'ordine pubblico politico (*ordre public de bonnes moeurs et ordre public politique*)⁴².

Una dottrina più recente ha proposto una classificazione tripartita dell'ordine pubblico quale limite alla libertà contrattuale: «se si accetta il postulato fondamentale che il diritto sia, comunque e sem-

³⁸ Cfr. RIPERT e BOULANGER, *Traité élémentaire de Droit civil de Marcel Planiol*, T. II, 1957, n. 104; CARBONNIER, *Droit civil*, Paris, Collection Thémis, T. II, n. 115, 386 e s.

³⁹ La bipartizione tra ordine pubblico tradizionale e ordine pubblico economico è presente già in FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, Durand-Auzias, 1962, 11: «*En définitive, chacun s'accorde à reconnaître l'existence à côté de l'Ordre public traditionnel, d'un Ordre public économique*».

⁴⁰ La nozione «ordine pubblico economico» è stata utilizzata per la prima volta da Georges Ripert nel 1934, cfr: RIPERT, *L'ordre public économique*, in *Etudes Gény, op. cit.* In seguito l'espressione è stata ripresa da altri, cfr: CARBONNIER, *Droit civil, op. cit.*, T. II, n. 115, 386; RIPERT e BOULANGER, *Traité élémentaire de Droit civil de Marcel Planiol*, Paris, LGDJ, 1957, T. II, n. 104; MALAURIE e AYNÈS, *Cours de droit civil, Obligations, contrats, et quasi contrats*, Paris, Cujas, 2001/2002, 157.

⁴¹ La bipartizione, attribuita a CARBONNIER, *Droit civil*, T. II, *Droit civil*, 17 ed., Paris, PUF Thémis, 1993, n. 115, 386, T. IV, n. 70, si trova anche in MALAURIE e AYNÈS, *Obligations, Contrats, Quasi contrats*, 11 ed., Paris, Cujas, 2001/2002, 157; TERRÈ, SIMLER e LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 1999, 349. All'interno dell'ordine pubblico economico contemporaneo si possono distinguere un ordine pubblico economico sociale (l'ordine monetario e il diritto alla concorrenza) e un ordine pubblico economico individuale (il diritto del lavoro, il diritto delle obbligazioni, il diritto dei consumi). Le classificazioni variano peraltro da autore ad autore.

⁴² Cfr. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, Durand-Auzias, 1962, 20, 38. L'autore definisce l'«ordine pubblico economico» in questi termini: «*L'ordre public économique peut être défini comme l'ensemble des règles obligatoires dans les rapports contractuels, relatives à l'organisation économique, aux rapports sociaux et à l'économie interne du contrat*».

pre, rivolto all'individuo, si può affermare che l'ordine pubblico riguarda quest'ultimo sulla base di tre diverse qualificazioni: come cittadino, come titolare di patrimonio e come persona umana»⁴³.

All'*ordre public politique* si può ricondurre tutto ciò che concerne l'organizzazione democratica della società.

All'*ordre public économique et social*⁴⁴ si possono ricondurre «*les contraintes imposées à la liberté contractuelle par la doctrine économique au pouvoir*»⁴⁵. Esso comprende al suo interno l'*ordre public de direction* – volto a dirigere l'economia, assicurando la libertà di concorrenza e favorendo il buon funzionamento del mercato – e l'*ordre public de protection*⁴⁶ – più specificamente indirizzato alla tutela del soggetto debole quale è, ad esempio, il lavoratore dipendente e, soprattutto, il consumatore⁴⁷.

L'*ordre publique moral* tutela lo Stato, l'essere umano, la famiglia e anche la morale. La nuova nozione di «ordine pubblico morale» è relativa e soggetta ad evolvere nel tempo e nello spazio: «*ce qui est interdit, expressément ou implicitement, en un lieu n'est pas nécessairement interdit ailleurs, et ce qui était interdit hier peut ne plus l'être aujourd'hui et le redevenir après-demain. L'ordre public serait cet ordre, flou et changeant, qui prime les intérêts privés et qui est nécessaire au maintien de l'organisation sociale ou au mieux-être de la société en général*»⁴⁸.

L'espandersi e lo sfaccettarsi dell'ordine pubblico è un fenomeno che avviene in molte direzioni. Oggi, la nozione di ordine pubblico *stricto sensu* non ha più un significato. Secondo l'efficace espressione

⁴³ FENOUILLET, *Les bonnes mœurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique!*, in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle*, Paris, Litec, 2011, 512.

⁴⁴ Già Gérard Farjat ricomprende all'interno dell'ordine pubblico economico l'ordine pubblico sociale, FARJAT, *op. cit.*, 32: «*Si l'Ordre public économique est au premier chef constitué par les règles relatives à l'organisation économique (Par. 1), il comprend aussi l'organisation autoritaire des rapports sociaux (Par. 2), et enfin les règles autoritaires relatives à l'économie interne du contrat*». Sul tema si vedano anche, CARBONNIER, *Obligations*, §33, il quale ha messo in risalto la distinzione oggi generalmente ammessa tra *ordre public de protection* e *ordre public de direction*; MALAURIE, *Rapport*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, T. VII, 750-752; BERTRAND, *De l'ordre économique à l'ordre collectif*, in *Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Etudes offerts à Georges Ripert*, Paris, LGDJ, 1950, I, 160 e ss.; SAVATIER, «*L'ordre public économique*», in *Rec. Dalloz* 1965, 37-44.

⁴⁵ SAVATIER, «*L'ordre public économique*», in *Rec. Dalloz*, 1965, 38.

⁴⁶ LEVY-CASTALDO, *Histoire de droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, 828.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ FENOUILLET, *Les bonnes mœurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique!*, *Études Catala*, Litec, Paris, 2001, 493.

di un autore, ci si trova di fronte a un «*développement tentaculaire de ce que l'on a appelé l'ordre public économique et social*»⁴⁹.

La conseguenza del processo di estensione dell'ambito dell'ordine pubblico a scapito del buon costume non può che essere la frantumazione della nozione di ordine pubblico e lo svuotamento del suo contenuto: «*l'ordre public classique s'est peu à peu vidé de son contenu*»⁵⁰. Tale nozione, originariamente unitaria, in seguito all'allargamento della sua sfera di applicazione, si è frazionata in tante nozioni distinte: ordine pubblico economico; ordine pubblico politico e morale⁵¹. In dottrina si è parlato di «parcellizzazione» dell'ordine pubblico; «*l'ordre public a connu une évolution sensible; l'ordre public classique qui constituait une notion unitaire s'oppose à l'ordre public contemporain qui se «parcellise» en des règles distinctes*»⁵².

Questo «nuovo» ordine pubblico si estende così ad ogni settore dell'attività umana⁵³, rappresentando la chiave di volta di una storia segnata dall'impossibilità di determinare il contenuto dei «buoni» costumi attraverso il rinvio alle pratiche della società e, dunque, dalla loro soppressione⁵⁴.

4. «*I buoni costumi sono morti! Viva l'ordine pubblico filantropico!*»

La clausola dell'ordine pubblico è ormai utilizzata come limite alla libertà dei costumi; ad essa è affidata anche la protezione della persona umana. Tuttavia, in questo contesto, anche l'ordine pubblico, 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 pubblico, denominato ordine pubblico *filantropico*. Dominique Fenouillet ha parlato di un *ordre public moral et 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.

⁴⁹ BRUNETTI-PONS, *La conformité des actes juridiques à l'ordre public*, in *Etudes offertes au professeur Malinvaud*, Paris, Litec, 2007, 110.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Cfr. GHESTIN, *op. cit.*, 80.

⁵² MALAURIE-AYNÈS, *Obligations, contrats et quasi-contrats*, Paris, Cujas, 2001/2002, § 252, 157.

⁵³ PINEAU, BURMAN, GAUDET, *Théorie des obligations*, Montréal, Thémis, 1996, 252.

⁵⁴ Cfr. FENOUILLET, *op. cit.*, 493.

Si tratta di un ordine pubblico «*en constant développement (...)* que tend à protéger de nombreuses valeurs essentielles, telles que la liberté, la sécurité et surtout, la dignité» ed è per questo definito: «*ordre public philanthropique*»⁵⁵.

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 diritto⁵⁶. Tale concezione, lungi dal favorire il disinteresse del diritto verso l'individuo o verso la società, permetterebbe, al contrario, di considerare con ottimismo quel «*principe d'espoir*» costituito dal rispetto della dignità⁵⁷.

Il legame tra la nozione di ordine pubblico e i diritti fondamentali è evidente nel diritto comunitario: «*the public policy based on fundamental rights, which has been qualified as «philanthropic» is a public policy which aims to protect the essential values of which there are many, such as freedom, safety and especially, dignity*»⁵⁸.

In questi termini l'*ordre public philanthropique* contiene e supera l'*ordre public politique* e *moral* di cui si è già fatto cenno. L'aggettivo *philanthropique* si affianca ad un ordine pubblico volto a tutelare quel valore inerente l'essere umano, proclamato a gran voce dalle fonti sovranazionali⁵⁹, che è la dignità umana⁶⁰.

I vantaggi del richiamo alla dignità sono di due ordini diversi. In primo luogo essa 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 internazionale⁶¹. In secondo luogo il valore della dignità ha il vantaggio di essere di facile traduzione giuridica in una pluralità di regole tecniche e di istituti; dalla dignità scaturiscono «*des règles qui relèvent nécessairement de l'ordre public*»⁶².

Il concetto di dignità anima e alimenta l'ordine pubblico filantropico, il quale – a differenza dei vecchi «buoni costumi» – produce i

⁵⁵ FENOUILLET, *Les bonnes mœurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique!*, in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle*, Paris, Litec, 2001, 509.

⁵⁶ FENOUILLET, *op. cit.*, 490.

⁵⁷ FENOUILLET, *op. cit.*, 491.

⁵⁸ FAUVARQUE CASSON-MAZEAUD D., *European Contract Law*, Sellier, european law publishers, Munich, 2008, 137.

⁵⁹ Cfr. *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, art. 1 e CEDU, art. 8, *Diritto al rispetto della vita privata e familiare*.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Nel diritto comunitario, l'art. 1 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* afferma l'inviolabilità della dignità umana.

⁶² FENOUILLET, *op. cit.*, 513.

suoi effetti in maniera sicuramente «più “legittima”, più “ragionata”, più “concreta” e meno “meccanica”»⁶³. Ciò è ben dimostrato dal fatto che 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 autorevole⁶⁴.

In Francia il nuovo Codice penale riconnette il divieto dello sfruttamento o dell'incitazione alla prostituzione alla dignità⁶⁵. D'altra parte, alla dignità è ricorso il Consiglio di Stato francese nella famosa controversia relativa al «lancio del nano» dal cannone di un circo⁶⁶.

Lo stesso autore che ha constatato la morte dei buoni costumi, «condannati dalla libertà», celebra il ruolo della dignità come valore capace di trasfigurare il vecchio ordine pubblico. I limiti alla libertà, in questa luce, non appaiono più come repressivi, ma «filantropici». Sembra quindi che in nome della dignità sia più facile ed accettabile per il diritto introdurre limiti alla libertà del soggetto nella vita privata.

⁶³ Cfr. FENOUILLET, *op. cit.*, 514.

⁶⁴ Significativamente, nel volume diretto da MALAURIE e AYNÈS il paragrafo 251, dedicato alle *bonnes moeurs* è intitolato: *De la morale sexuelle à la dignité de la personne*, cfr. MALAURIE-AYNÈS, *Cours de droit civil, Obligations, contrats et quasi-contrats*, T. II, 11 ed., Paris, Cujas, 2001/2002, 151.

⁶⁵ L'articolo 225-5 è infatti collocato nel chapitre V: *Des atteintes à la dignité de la personne*.

⁶⁶ Si fa riferimento al noto caso del «lancio del nano». Il Consiglio di Stato francese ha vietato lo svolgimento del suddetto spettacolo perché lesivo della dignità di soggetti portatori di menomazioni fisiche, quand'anche lo spettacolo non arrechi disturbo alla quiete pubblica. Cfr. Conseil d'État, Ass., 27 octobre 1995, Ville d'Aix-en Provence, in *Dalloz* 1996, *Jur.*, 177, con nota di Lebreton. Il Ministro degli Interni francese con una circolare del 27 novembre 1991 proibiva l'organizzazione di spettacoli di «lancio dei nani». Dal testo della circolare appare la concezione «inglobante» di immoralità, nella quale si comprende anche la violazione della dignità umana: «*les principes de liberté d'expression et de liberté du commerce qui gouvernent l'organisation des spectacles trouvent leurs limites lorsque sont gravement compromis les impératifs d'ordre, de moralité et de santé publics. L'organisation de championnats de lancer de nains constitue une intolérable atteinte à la dignité humaine [...] Pour ces différents motifs de moralité, d'ordre et de sécurité publics, je vous demande d'user de vos pouvoirs de police pour prescrire aux maires une grande vigilance à l'égard des spectacles de curiosité organisés dans leur commune; l'interdiction des lancer des nains devra notamment se fonder sur l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme [qui prohibe les traitements inhumains et dégradants]*». 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)», in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, 801-848; MARELLA, «Il fondamento sociale della dignità umana», in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 1155-1159; FABRE-MAGNAN, «La dignité en droit, un axiome», in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2007, 53-84.

CAPITOLO II

Il processo di assimilazione del buon costume all'ordine pubblico in Italia

SOMMARIO: 1. L'ordine pubblico multiforme. – 2. La «giuridicizzazione» della clausola del buon costume. – 3. Le reazioni alla «giuridicizzazione» della clausola del buon costume.

1. *L'ordine pubblico multiforme*

La nozione di buon costume che si è consolidata fra gli interpreti italiani sulla scia delle definizioni di Demogue¹ e di Ferrara² si richiama all'«insieme di regole di comportamento sociale, la cui violazione è ritenuta immorale e scandalosa dalla generalità dei consociati»³, a «quei principi ed esigenze etiche della coscienza morale collettiva che costituiscono la morale sociale, in quanto ad essi uniforma il proprio comportamento la generalità delle persone corrette, in un determinato momento e in un determinato ambiente»⁴.

Il percorso svolto dalla clausola del buon costume non è tuttavia terminato col recepimento di tale nozione.

Anche in Italia, come in Francia, la nozione autonoma ed extra-giuridica di buon costume è stata messa in discussione da una diversa interpretazione che la vede «accoppiata» alla nozione di ordine pubblico, e talvolta ad essa equivalente⁵.

¹ Vedi supra, 16.

² Vedi supra, 25.

³ TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1995, § 159, 238.

⁴ Cass. Sez. Un. Civ., 7 luglio 1981, n. 4414, in *Foro it.*, 1982, I, 1679-1687.

⁵ Cfr. RESCIGNO, «*In pari causa turpitudinis*», in *Riv. Dir. Civ.*, 1966, I, 1 e 26 e ss.; ROPPO, *Il contratto*, Bologna, Il Mulino, 1977, 168: «I confini fra ordine pubblico e buon costume non sono netti, ed in presenza di casi concreti non è talvolta facile stabilire se occorra riferirsi all'uno o all'altro concetto». Si cfr., però, ROPPO, *Il Contratto*, in *Trattato di diritto privato* diretto da IUDICA e ZATTI, Milano, Giuffrè, 2011, 387, per una distinzione fra ordine pubblico e buon costume secondo le linee tradizionali: «l'ordine pubblico esprime (al pari delle norme imperative) scelte politiche del legislatore, mentre i principi del buon costume sono

Come opportunamente osservato in dottrina, «il confine fra l'area dell'ordine pubblico non economico e l'area del buon costume è assolutamente incerto e discutibile, e mobilissimo; il fenomeno potrebbe anche spiegarsi convenendo che (...) tra ordine pubblico e buon costume sia intervenuta una rilevante assimilazione»; e ciò proprio alla luce del «processo di depatrimonializzazione e di progressiva sensibilizzazione alle istanze etiche e morali» subito dal parametro dell'ordine pubblico⁶.

Sulla scorta delle teorie di matrice francese, l'ampliamento e la conseguente frammentazione della nozione di ordine pubblico a scapito della autonomia della clausola del buon costume è un fenomeno riconosciuto e dichiarato anche da parte della dottrina italiana⁷, la quale – leggendo l'ordine pubblico come espressione sintetica dei principi fondamentali e dei valori supremi pubblici e privati, su cui si basa l'ordinamento – ha accolto le multiformi espressioni dell'ordine pubblico come clausola di protezione di interessi non solo pubblici, ma anche individuali e personalistici⁸.

Con una immagine suggestiva si è paragonato il percorso evolutivo dell'ordine pubblico ad una «spugna oceanica» capace di assorbire «la forte complessità sociale e dunque il frenetico mutamento di stili di vita, l'insorgere di interessi ed istanze di ogni tipo, di neovalori o di valori fino a ieri ignorati; mutamenti e insurrezione che destabilizzano gli ordinamenti più ricchi ed evoluti precipitandoli in una costante incertezza di obbiettivi e di risultati»⁹.

L'ordine pubblico ha perduto così la sua «mitica monoliticità»¹⁰, estendendosi, come contraltare di una crescente affermazione della libertà contrattuale, a nuove sfere di tutela, come quella dei valori fondamentali della persona; dell'efficienza nei contratti e dell'indirizzo economico (ordine pubblico di direzione e struttura economica); de-

extralegali, perché scaturiscono dal corpo sociale senza la mediazione dell'autorità politica».

⁶ DI MARZIO, *La nullità del contratto*, 2 ed., Padova, Cedam, 2008, 369, 371.

⁷ Cfr. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, 2 ed., Padova, Cedam, 2008, 374 e ss.; RESTA, *Contratto e persona*, in *Trattato del contratto* diretto da ROPPO, VI, *Interferenze*, a cura di Vincenzo Roppo, Milano, Giuffrè, 2006, 15; BRECCIA, *Il contratto in generale*, Torino, Giappichelli, 1999, 178.

⁸ Una classificazione dell'ordine pubblico in diverse categorie a seconda della natura degli interessi e dei valori tutelati è suggerita da ROPPO, *Il Contratto*, 2011, cit., 385 e ss. Fa riferimento ad un ordine pubblico multiforme DI MARZIO, *La nullità del contratto*, 2 ed., Padova, Cedam, 2008, 375; parla di un «ordine pubblico valoriale» ROBLES, «La rilevanza del buon costume nel diritto privato attuale», in *Riv. Dir. Priv.*, 4/2010, 110, nota 121.

⁹ DI MARZIO, *La nullità del contratto*, 2 ed., Padova, Cedam, 2008, 376.

¹⁰ *Ibidem*.

gli 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)¹¹.

L'esperienza mostra che la libertà contrattuale, come è stato ben detto in dottrina, «tende a penetrare tutti gli spazi vitali», occupando nuovi territori¹². Si pensi agli accordi commerciali sullo sfruttamento del nome; agli atti di disposizione del corpo; agli accordi in tema di procreazione medicalmente assistita¹³. È proprio con riferimento a questi nuovi negozi, all'insorgere di nuove istanze e stili di vita, al sorgere di «neo valori» – quali il principio di dignità e di autodeterminazione – che si è sostenuta, anche nel nostro diritto, la trasformazione dell'ordine pubblico di protezione in un «ordine pubblico filantropico» che «non ha più un significato univoco, ma si atteggia in maniera differente a seconda della particolare tipologia dei beni e degli interessi coinvolti»¹⁴ e che si vede assegnati obiettivi «antropologicamente controversi e non del tutto pacificati»¹⁵.

È pacifico in dottrina che «l'immoralità cede sempre più il campo all'illegalità», e che «molte ipotesi che tradizionalmente sono legate al profilo dei *boni mores* tendono, infatti, ad essere ricomprese nell'ambito dell'ordine pubblico»¹⁶, soprattutto – e, su questo, la convergenza con la Francia è evidente – nel campo della tutela delle li-

¹¹ Occorre precisare che, soprattutto nella dottrina italiana, non esiste una perfetta coerenza di terminologia per quanto riguarda le classificazioni dell'ordine pubblico; si ricorre spesso a termini simili, vicini ma non identici, per richiamare sostanzialmente gli stessi ambiti di intervento (economico, politico, morale), dando però adito ad ambiguità e confusione. Si vedano le categorizzazioni «valoriali» dell'ordine pubblico utilizzate da BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile, fatti e atti giuridici*, Torino, UTET, 1987, 720.

¹² BRECCIA, *Il contratto in generale*, Torino, Giappichelli, 1999, 178.

¹³ Per una rassegna sulle nuove applicazioni delle clausole generali di fronte all'ampliamento dell'autonomia privata all'area dei diritti della personalità, e per una valorizzazione del ruolo, in questo contesto, della dignità della persona cfr. le voci di MOROZZO DELLA ROCCA, voce: Prestazione (negoziabilità della), in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 2003, 1-18, e di NICOLUSSI, voce: *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir.*, Milano 2011, 133-152.

¹⁴ RESTA, *Contratto e persona*, in *Trattato del contratto* diretto da ROPPO, VI, *Interferenze*, a cura di Vincenzo Roppo, Milano, Giuffrè, 2006, 15: «Oggi anche a seguito della crescente valorizzazione dei principi di dignità e di autodeterminazione, i quali hanno trasformato l'ordine pubblico di protezione in un ordine pubblico «filantropico», tale postulato non ha più un significato univoco, ma si atteggia in maniera differente a seconda della particolare tipologia dei beni e degli interessi coinvolti».

¹⁵ DI MARZIO, *op. cit.*, 377.

¹⁶ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, IV ed. aggiornata, Napoli, ESI, 2006, 803 e ss.

bertà individuali. Questo fenomeno di «osmosi», come definito in modo molto suggestivo da Francesco Gazzoni¹⁷, giustifica il restringimento dell'area affidata ai *boni mores*, che ad oggi ricomprende pressoché esclusivamente le prestazioni sessuali e il gioco, mentre le altre fattispecie concrete sono «attratte» nell'orbita dell'ordine pubblico. Anche nel nostro ordinamento, quindi, è evidente il processo di assimilazione del buon costume all'ordine pubblico. Si assiste infatti, soprattutto nella giurisprudenza, al declino dell'autonomia del buon costume e alla sostanziale coincidenza fra contrarietà al buon costume e contrarietà all'ordine pubblico¹⁸.

Il buon costume «tradizionale» coincide ormai quasi esclusivamente con la morale sessuale; ma è proprio in quest'ambito che i freni all'autonomia privata si allentano, mentre le nuove applicazioni del buon costume lo vedono in un ruolo di ricalzo, indissolubilmente legato all'ordine pubblico¹⁹.

Fra i nuovi spazi occupati dall'autonomia negoziale, l'ambito della famiglia pare aver subito, più di altri settori, una profonda trasformazione cui si riconnette una espansione dell'autonomia privata che va al di là dei tradizionali limiti posti dal diritto²⁰. Oggi non contrasta più con il buon costume la famiglia di fatto, né l'attività contrattuale ad essa collegata, come per esempio le attribuzioni patrimoniali fra conviventi che traggono origine dal rapporto²¹.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Cfr. PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, Jovene, 1973, 181: «La Costituzione non esprime solo una tutela d'interessi determinati, estensibile a mala pena attraverso i consueti strumenti interpretativi, ma quella più in generale dei valori da cui il buon costume è visibilmente condizionato. Non solo non può sovrapporsi ad essi, ma non può neanche integrarli se non nella via indicata dagli stessi. L'autonomia del buon costume risulta totalmente compromessa».

¹⁹ Cfr. PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, Jovene, 1973, 73-74: «Nella linea del processo evolutivo sin qui delineato si iscrive il progressivo declino dell'identificazione restrittiva del buon costume con la morale sessuale penalmente tutelata». L'autore si chiede allora perché, «dovendo rintracciare un limite all'autonomia dei privati, con riguardo ad una materia di gran lunga più ampia di quella segnata dai rapporti sessuali e familiari, si sia preferito far ricorso al buon costume, estendendone l'operatività forse oltre i limiti naturali del concetto, anziché chiamare in causa l'ordine pubblico, sicuramente più idoneo a limitare l'azione privata «in relazione alle sue più varie implicazioni giuridiche, sociali ed economiche».

²⁰ Cfr. MOROZZO DELLA ROCCA, voce: Prestazione (negoziabilità della), in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 2003, 3.

²¹ Cass., 8 giugno 1993, n. 6381, in *Nuova giur.civ. com.*, 1994, I, 339. 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

Se, da un lato, vi sono ancora casi in cui la giurisprudenza colpisce come immorali i contratti attinenti alla sfera familiare e sessuale²²; nell'ottica di una ricognizione del «nuovo» contenuto della clausola generale del buon costume è tuttavia altrettanto evidente che la maggior parte della giurisprudenza attuale in materia di contratti contrari al buon costume mira a garantire il rispetto di esigenze diverse da quelle che, un tempo, la stessa clausola era preposta a tutelare²³; allo stesso tempo, però, è «sempre più difficile collocare alcune ipotesi di illiceità nell'ambito delle violazioni del buon costume piuttosto che nell'ambito dell'offesa ai principi dell'ordine pubblico»²⁴. Si registra il riferimento sempre più diffuso a ordine pubblico e buon costume come una vera endiadi²⁵, per lo più nel contesto di casi in cui il riferimento all'ordine pubblico sarebbe di per sé sufficiente. Lo scenario appena descritto mostra come nella giurisprudenza attuale sia diffusa l'idea che l'ordine pubblico esprima i principi etici fondamentali dell'ordinamento²⁶. In questo senso, è stato osservato in dottrina che

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».

²² Si vedano in materia di prostituzione, Cass., 1 agosto 1986, n. 4927, in *Foro it.*, 1987, I, 494; Cass., 31 marzo 1958, n. 1110, in *Giust.civ.*, 1958, I, 1310; in materia di accordi di convivenza: Cass. civ., 4 giugno 1992, n. 6857, in *Corr. Giur.*, 1992, 863 con nota di V. Carbone; Cass., 8 giugno 1993, n. 6381, in *Nuova giur. comm.*, 1994, 339. Si segnala, infine, in materia di atti di disposizione del corpo e di maternità surrogata, prima che la materia fosse disciplinata da parte della l. 40/2004 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita): Trib. di Roma, ord. 17 febbraio 2000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 203; Trib. Palermo, ord. 8 gennaio 1999, in *Famiglia e dir.*, 1999, 52; Corte App. Salerno, 25 febbraio 1992, in *Nuova giur. comm.*, 1994, I, 179.

²³ DI MARZIO, *op. cit.*, 380. In giurisprudenza, una recente sentenza della Corte di Cassazione ha ritenuto non contrari all'ordine pubblico e al buon costume i «*pre-nuptial agreements in contemplation of divorce*», sottoscritti in vista della separazione o del divorzio, allineando così l'Italia ad altri Paesi stranieri nei quali l'istituto è estremamente diffuso, cfr. Cass. sez. I civ. 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Contratti*, 2013, fasc. 3, 223-230.

²⁴ Cfr.: Cass., 15 febbraio 2001, n. 7523, in *Dir. Fall.*, 2001, 2, 1190; Cass., 27 maggio 1971, n. 1574, in *Giust. civ.*, 1971, I, 982; Trib. Roma, 21 marzo, 1968, in *Giur. mer.*, 1970, I, 104.

²⁵ MIRABELLI, *Delle obbligazioni*, Torino, UTET, 1957-1958, 164: «*le due espressioni «ordine pubblico» e «buon costume», sebbene indichino nozioni differenti, sono legate, nella formula legislativa, in un'endiadi e sono logicamente connesse l'una all'altra, nell'ambito della nozione di liceità*».

²⁶ Vedi in tal senso: Cass., Sez. Un., 8 maggio 1976, n. 1609, in *Foro it.*, 1976, I, 1851; Cass., 23 maggio 1987, n. 4681, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 60.

gli accordi aventi ad oggetto un *facere* o un *non facere* rivolto a favore dell'ex coniuge o dell'ex convivente, «potrebbero facilmente porsi in contrasto con principi di ordine pubblico posti a tutela della libertà personale del soggetto». Allo stesso modo potrebbero incontrare evidenti limiti di ordine pubblico gli accordi atti a regolare le relazioni e le obbligazioni riguardanti la prole, laddove contrastino con l'esigenza, fondamentale per l'ordinamento, di tutelare il miglior interesse del minore²⁷. È sempre più comune l'opinione che il buon costume non si distingua, «ma sia in rilevante misura ricompreso nello spazio più ampio occupato dall'ordine pubblico, di cui rappresenta una particolare connotazione: l'ordine pubblico etico»²⁸, e dunque si leghi ai principi etici assunti nell'ordinamento. Saranno dunque lesivi del buon costume esclusivamente i contratti che offendono la dignità umana, quale valore assoluto positivamente accolto dall'ordinamento ed espresso nella Costituzione²⁹. Come osservato in dottrina, la lesione della dignità umana rappresenta oggi il tratto caratterizzante della contrarietà al buon costume, e ciò anche sulla scia del particolare rilievo della protezione della dignità della persona nella dimensione contrattuale da parte delle fonti sovranazionali³⁰.

Partendo dalla tradizionale «diarchia dei limiti di ordine pubblico e di buon costume»³¹, il principio della dignità privata quale limite alla autonomia negoziale si potrebbe ricondurre più facilmente al primo dei due, proprio in quanto identificabile nei principi basilari dell'ordinamento³². Ma, anche nella categoria degli atti contrari al

²⁷ MOROZZO DELLA ROCCA, voce *Prestazione (negoziabilità della)*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 2003, 7.

²⁸ DI MARZIO, *op. cit.*, 391.

²⁹ Cfr. DI MARZIO, *op. cit.*, 389.

³⁰ La dignità della persona, oltre ad essere considerata principio generale del diritto comunitario e valore costituzionale, figura quale titolo del Capo I della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Cfr. sul punto: MOROZZO DELLA ROCCA, voce *Prestazione (negoziabilità della)*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 2003, 11. Secondo l'autore il limite della dignità della persona si configura come clausola generale che sta «al di sotto delle due forme generali dell'ordine pubblico e del buon costume». Sul punto cfr. anche NICOLUSSI, voce: *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir.*, Milano 2011, 137: «nell'ambito di tale disciplina (autonomia negoziale n.d.r.) un ruolo importante è svolto dalle clausole generali con riguardo alle quali i diritti fondamentali sono intesi come parametri valutativi per la loro interpretazione/concretizzazione». Si vedano anche: PASSAGNOLI, *op. cit.*, 649-650, DI MARZIO, *op. cit.*, 252; SCALISI, «*Contratto e regolamento nel piano di azione delle nullità di protezione*», in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, I, 484; VETTORI, *Diritto dei contratti e «Costituzione» europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, Giuffrè, 2005, 29 ss; MARELLA, «*The old and the new limits of the freedom of contract in Europe*», in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2, 2006, 257-274.

³¹ MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 11-12.

³² Cfr. BIANCA, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1987, 584-58.

buon costume rientrano tradizionalmente atti lesivi della dignità della persona, specialmente nella sfera sessuale. Di conseguenza il medesimo atto potrebbe facilmente risultare contrario, ad un tempo, all'ordine pubblico e al buon costume³³. Appare dunque evidente anche a una parte della dottrina che l'uso di un criterio così vago e incerto «nei suoi contenuti effettivi» come la dignità della persona, non fa altro che aumentare la possibilità di applicazioni ambigue da parte della giurisprudenza³⁴.

La difficoltà a delimitare i confini tra lecito e illecito di fronte all'accentuata frammentazione della morale pubblica ripropone l'eterno dilemma sulla convenienza delle clausole generali come strumento di politica del diritto, in sospenso tra due opposte esigenze: l'apertura ai valori da un lato, e la certezza del diritto dall'altro³⁵. Il panorama italiano si presenta più variegato di quello francese, ma in esso si vedono affiorare sostanzialmente le stesse correnti. Il timore che la clausola del buon costume permetta agli interpreti di spaziare al di là dei confini posti dal sistema normativo, e generi un diritto dei giuristi non giustificato nel sistema del diritto oggettivo, è sentito anche da una parte della dottrina italiana. In particolare, nelle prossime pagine vedremo come anche in Italia abbia preso corpo una visione fortemente «giuridicizzata» del buon costume, ma anche come tale visione abbia suscitato alcune vivaci critiche, in nome della autonomia della morale rispetto al diritto statale.

2. *La «giuridicizzazione» della clausola del buon costume*

Alla progressiva espansione dell'ordine pubblico si accompagna una nuova lettura – che si potrebbe definire «giuridicizzata» – della clausola del buon costume, che ne ricava il contenuto dal diritto positivo³⁶. Si assiste, a partire dagli anni '70, ad una trasformazione della nozione del buon costume, che viene concepita dalla giurisprudenza³⁷

³³ Cfr. BIANCA, *op. cit.*, 584-585.

³⁴ Cfr. MOROZZO DELLA ROCCA, voce *Prestazione (negoziabilità della)*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 2003, 11.

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ Il termine è di FERRI, *op. cit.*, 262.

³⁷ Così Cass., 10 febbraio 1949, n.206, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, 555; Cass., 26 maggio 1961, n. 1257, in *Foro it.*, 1961, I, 1332; Cass., 14 luglio 1972, n. 2420, in *Foro it.*, 1973, I, 1224; Trib. Como, 24 marzo 1979, in *Giur. it.*, 1980, I, 2, 630; Cass., 18 ottobre 1982, n. 5408, in *Foro it.*, 1983, I, 691; già citata Cass., 15 febbraio 2001, n. 7523, in *Dir. Fall.*, 2001, 2, 1190, con nota di Di Leo, «*Cambiale, promessa di pagamento e negozio contrario al buon costume*».

e da una parte della dottrina italiana³⁸ come clausola il cui contenuto è rintracciabile all'interno dei principi generali dell'ordinamento e dei valori costituzionali.

In dottrina, questa nuova lettura del buon costume è stata esplicitamente proposta in due scritti entrambi del 1970, di Giovan Battista Ferri e Stefano Rodotà.

Ferri, pur constatando che la maggior parte della dottrina e della giurisprudenza ha accettato l'idea di un esclusivo e indissolubile collegamento tra il buon costume e la tradizione morale espressa dalla compagine sociale in un dato momento storico, rileva che «il principio del buon costume (...) pur continuando tecnicamente a svolgere, nella teoria del contratto, una funzione identica a quella in cui il Code Napoléon e le altre codificazioni europee che (come la nostra) ad esso si sono ispirate, lo hanno richiamato, ha finito per subire, nell'esperienza attuale, limitazioni e trasformazioni di ordine *quantitativo* e *qualitativo* che hanno inciso in modo determinante sul suo significato e nella sua portata»³⁹.

Secondo Ferri, l'ordine pubblico e il buon costume non rappresentano «un principio generale cui lo Stato intende ispirarsi», bensì «un criterio di valutazione dell'attività dei privati per sancire la nullità del contratto che con l'ordine pubblico e il buon costume si ponga in contrasto»⁴⁰. A partire da tale premessa, l'ingresso di valori, che per loro natura sono metagiuridici, all'interno dell'ordine giuridico, può essere giustificato soltanto «attraverso la *loro* sussunzione da parte dell'ordinamento»⁴¹; in questo modo i «valori metagiuridici divengono valori dell'ordinamento e cioè criteri, in base ai quali le azioni umane possono esprimersi in termini di valore nell'ordinamento giuridico»⁴².

Si è detto che secondo Ferri il principio del buon costume ha subito trasformazioni sia sul piano quantitativo sia sul piano qualitativo. Parlando di trasformazione «quantitativa» si fa riferimento ad una progressiva estensione del ruolo dell'ordine pubblico proprio a scapito del buon costume, avendo l'ordine pubblico «acquisito taluni

³⁸ Oltre agli scritti di FERRI e di RODOTÀ, «*Ordine pubblico o buon costume?*», in *Giur. mer.*, 1970, I, 104-107, negano la natura extrapositiva del buon costume anche: RESCIGNO, «*In pari causa turpitudinis*», in *Riv. Dir. Civ.*, 1966, I, 1 e ss.; PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, Jovene, 1973, 133, nota 79, 151, 272 e ss.; LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, ESI, 1993, 152.

³⁹ FERRI, *op. cit.*, 261.

⁴⁰ FERRI, *op. cit.*, 37.

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² *Ibidem.*

valori che un tempo erano considerati appartenere a quei principi della morale che il buon costume, si voleva, esprimesse»⁴³.

La clausola del buon costume non subisce tuttavia una trasformazione misurabile con un parametro solo quantitativo, ma anche qualitativo. I precisi confini del pudore, della sfera sessuale e familiare entro cui pareva un tempo facile individuare il criterio del «comune sentimento», si sono fatti sfuggenti ed indeterminati. In una società multiculturale e mutevole sembra arduo riuscire ad individuare un sentimento comune. Rintracciare quindi una nozione di pudore a partire dal sentimento comune di una realtà sociale è, secondo l'autore, di fatto impossibile⁴⁴.

Ferri sottolinea che la nozione di buon costume «non coincide con quella di costume, (...) ma è la diretta manifestazione di valori morali, alla luce dei quali valutare il costume»⁴⁵. Il problema risiede dunque nell'interpretazione dell'aggettivo «buono» contenuto nell'espressione «buon costume», poiché è questo l'elemento caratterizzante della formula.

Ma qual è il sistema di valori espresso da tale aggettivo?

Le molteplici componenti che formano la società creano serie difficoltà nell'individuare una morale sociale secondo criteri uniformi; tuttavia l'autore individua un criterio comune proprio nella «morale giuridica», in quei valori, cioè, che riguardano l'individuo come uomo e come cittadino, che l'ordinamento giuridico esprime⁴⁶.

«L'unica morale «comune» cui è possibile far riferimento, ci sembra, dunque quella giuridica»⁴⁷, ed è alla morale espressa dal sistema giuridico che il giudice deve ispirarsi in ultima istanza. Un tale processo sarebbe tra l'altro coerente con l'idea stessa dello Stato di diritto, uno Stato che non si accontenta di registrare eventi e fatti sociali, e di dare esecuzione a tendenze e aspirazioni sociali, ma si pone come coordinatore di queste e di quelle; ne fa proprie alcune e ne respinge delle altre, plasmando la realtà e non lasciandosi plasmare da questa.

Parlare oggi di buon costume significa infatti far riferimento a «quell'insieme di principi che non tanto sono espressioni di quelle posizioni soggettive che l'ordinamento statale attribuisce alle persone, quanto, invece, espressione della stessa vita di relazione che si

⁴³ FERRI, *op. cit.*, 262.

⁴⁴ FERRI, *op. cit.*, 267.

⁴⁵ FERRI, *op. cit.*, 269.

⁴⁶ FERRI, *op. cit.*, 270.

⁴⁷ *Ibidem*.

manifesta in un aggregato sociale. Il buon costume dunque presuppone l'ordine pubblico»⁴⁸.

A partire da questa premessa «la nozione di buon costume è evidentemente connessa ai principi della buona fede, della correttezza e a quelli dell'etica professionale, in quanto espressioni appunto di quella moralità che si è venuta affermando nel campo delle professioni libere, nel campo dell'esercizio professionale o meno di attività economiche»⁴⁹.

Nello stesso anno 1970, un articolo di Stefano Rodotà⁵⁰ esprime, in modo diverso, la stessa esigenza di giuridicizzazione. L'articolo fu pubblicato come commento ad una sentenza del Tribunale di Roma⁵¹, che dichiarava nullo per contrarietà al buon costume il patto con cui un candidato al Parlamento si obbligava a pagare una certa somma al fine di ricevere il sostegno degli altri candidati della stessa lista nella campagna elettorale, i quali avrebbero rinunciato al mandato parlamentare perché risultasse eletto il primo.

Rodotà afferma che «il confine tra ordine pubblico e buon costume non è stato segnato in modo netto né dai giudici, né dagli studiosi»⁵², e pone in rilievo il fatto che la contrarietà ai buoni costumi interessa non soltanto la sfera delle regole del pudore sessuale, ma anche quella della morale sociale collettiva.

L'autore avverte la tendenza a concepire le nozioni di ordine pubblico e buon costume più come endiadi che come due nozioni distinte, e si chiede se questa labile distanza tra le due clausole sia espressione della volontà di usare l'una e l'altra in modo interscambiabile, e se non sia più opportuno definire in modo più preciso e ristretto i criteri con cui determinare il buon costume.

Già nel 1970, osservando l'assetto sociale a lui contemporaneo, caratterizzato da una accentuata mobilità sociale e da una forte disomogeneità, Rodotà avverte chiaramente la difficoltà di «fondare il giudizio di liceità di un negozio sulla «coscienza morale della collettività» o sull'«ordine etico»»⁵³. Vi sono almeno tre rischi che l'autore ravvisa esplicitamente. Il primo consiste nell'attribuire un posto privilegiato ai valori «moralì» propri di uno solo dei gruppi che compongono la nostra società, e cioè di quello che tradizionalmente prevale nel ceto dei giuristi e nell'organizzazione della giustizia; il se-

⁴⁸ FERRI, *op. cit.*, 271.

⁴⁹ FERRI, *op. cit.*, 272.

⁵⁰ RODOTÀ, «Ordine pubblico o buon costume?», in *Giur. mer.*, 1970, I, 106.

⁵¹ Tribunale di Roma, 21 marzo 1968, in *Giur. mer.*, 1970, I, 104-107.

⁵² RODOTÀ, *op. cit.*, 105.

⁵³ RODOTÀ, *op. cit.*, 106.

condo è connesso all'utilizzo del generico richiamo alla coscienza sociale, la quale può, in una società dinamica, costituire un elemento frenante, che, inevitabilmente, rischia di dar forza ai pregiudizi; il terzo, infine, riguarda il principio dell'«ordine etico», che può essere utilizzato come uno strumento per negare gli stessi principi di base dell'ordinamento.

L'autore propone di percorrere una particolare e impopolare strada, attraverso il rimando, dallo stesso definito «obbligato», alla Costituzione italiana. Lungi dal considerare il testo costituzionale come un toccasana, l'autore lo reputa ad ogni modo «particolarmente idoneo a fornire quelle indicazioni di principio (o valori, se così si vuol chiamarli) sulle quali può richiedersi un consenso generalizzato e che, di conseguenza, con minor margine d'arbitrio possono costituire lo strumento di controllo dell'attività privata»⁵⁴. Con ciò si vuole dire che «soprattutto in situazioni di laceranti conflitti (...) è necessario trovare dei punti precisi da cui muovere nell'affermazione del valore prevalente di taluni principi rispetto ad altri. A questo risultato, la Costituzione si presta non soltanto per la sua posizione gerarchica tra le fonti del diritto, ma anche per la sua struttura interna, articolata in principi che consentono un continuo adeguamento con la realtà sociale: solo che non si tratta di un adeguamento condotto secondo criteri arbitrari, ma sulla base delle stesse indicazioni rinvenibili nel testo costituzionale»⁵⁵. La Costituzione funge così da filtro della pluralità di orientamenti manifestati nell'ambito della collettività.

La posizione di Stefano Rodotà si caratterizza, rispetto a quella di Giovan Battista Ferri, per uno scetticismo ancor più marcato verso la possibilità di ricostruire le prassi e le opinioni diffuse nella società. Si comprende a questo punto perché secondo Stefano Rodotà le indicazioni normative reperibili all'interno del testo costituzionale possono «consentire assai meglio delle presunte indagini sul sentire di questo o di quello (che poi è soltanto il sentire del giudice), una ricostruzione di che cosa deve intendersi per ordine pubblico, in un certo momento storico e ai diversi livelli di interesse»⁵⁶.

La dottrina che aderisce alla concezione «giuridicizzata» del buon costume, riconoscendo gli incerti confini della clausola generale del buon costume, la accosta ad altre clausole, ed identifica il suo contenuto nelle norme costituzionali e nei principi generali dell'ordinamento.

Il punto di partenza è bene espresso dalla realistica constatazione

⁵⁴ RODOTÀ, «Ordine pubblico o buon costume?», in *Giur.mer.*, 1970, I, 106.

⁵⁵ RODOTÀ, *op. cit.*, 107.

⁵⁶ *Ibidem.*

di Stefano Rodotà: è illusorio pensare di individuare il buon costume attraverso il rinvio ad un sentire sociale, perché esso giunge immancabilmente a coincidere con il sentire del giudice. La scelta di rintracciare la nozione di buon costume all'interno dei principi dell'ordinamento trova quindi la sua giustificazione nella constatazione che il riferimento a questo o a quel sistema direttivo esterno ed autonomo rischia di non essere altro che il riferimento alle opinioni del giudice.

Proprio la constatazione di un nuovo assetto dell'organizzazione sociale ispira nella dottrina un deciso scetticismo rispetto alla possibilità di «fondare un giudizio di liceità di un negozio sulla “coscienza morale della collettività”»⁵⁷. Tale coscienza morale collettiva rischia di coincidere con i valori morali sentiti come propri da «uno soltanto dei gruppi che oggi compongono la nostra società»⁵⁸.

A partire da tali perplessità, la fuga nella Costituzione si presenta per questa dottrina come lo strumento di tutela e di garanzia contro il rischio di una scelta arbitraria di alcuni valori, stabiliti dalla classe dominante come parametro per valutare i comportamenti di singoli o di gruppi.

Si può dire, con un gioco di parole, che si passa da un fenomeno di «moralizzazione del diritto» ad un fenomeno di «giuridicizzazione» della morale attraverso «l'acquisizione nell'ordine giuridico di quei principi della morale (non quindi tutti, o necessariamente tutti) che, armonizzandosi con gli altri valori espressi dal sistema giuridico, rendono quest'ultimo maggiormente organico»⁵⁹.

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 interessare⁶⁰. Del resto ad un simile fenomeno di risoluzione del richiamo alla morale in quello ai principi dell'ordinamento giuridico si assiste anche in altri ambiti, come quello delle obbligazioni naturali⁶¹.

La lettura positivizzata del buon costume che si è descritta, che

⁵⁷ RODOTÀ, *op. cit.*, 106.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ FERRI, *op. cit.*, 262.

⁶⁰ FERRI, *op. cit.*, 270.

⁶¹ Secondo NIVARRA, voce *Obbligazione naturale*, in *Digesto disc. Priv.*, XII, 1995, 380, la determinazione delle ipotesi idonee a configurare gli estremi di un'obbligazione naturale è «opera, in primo luogo, dell'ordinamento»: in particolare si tratta di prestazioni ricollegabili a valori o principi accolti dall'ordinamento, seppur inadeguati a sostenere un pieno riconoscimento della fattispecie quale fonte di obbligazione.

lo vede «non contrapposto all'ordine pubblico, ma ad esso omogeneo»⁶², si è stabilizzata nell'attuale panorama dottrinario.

Da un lato tale fenomeno di assorbimento e di osmosi è spiegato attraverso la progressiva penetrazione nell'ordine giuridico dei valori morali, i quali materializzandosi in forme progressivamente nuove e fondanti lo stesso ordinamento giuridico, concretano la nozione di ordine pubblico⁶³; dall'altro il buon costume è considerato «quale species dell'ordine pubblico (ordine pubblico non economico), iscritto senza ambiguità nella cornice di principi e valori enunciati dalla Costituzione»⁶⁴.

In conclusione, secondo questa impostazione: «il necessario approdo alla problematica dei principi generali inespressi non autorizza ad attribuire natura extragiuridica al buon costume. Nella polemica al riguardo fra sociologismo o storicismo e positivismo la verità sta, come spesso accade, nel mezzo e coincide con il vigore dell'attuale Costituzione»⁶⁵.

3. *Le reazioni alla «giuridicizzazione» della clausola del buon costume*

La «giuridicizzazione» della clausola del buon costume non ha incontrato consensi unanimi nella dottrina italiana. Sotto questo profilo, il dibattito pare essere in Italia più aperto che in Francia.

Una visione fortemente aperta a una dimensione «extragiuridica» e, di conseguenza, inevitabilmente contraria alle posizioni appena documentate, si ritrova nelle pagine di Rodolfo Sacco, dedicate alla nozione e all'applicazione del buon costume come limite all'autonomia. I buoni costumi sono definiti come «un corpo di regole deontologiche non formalizzate pregiudiziali»⁶⁶; norme cioè che nascono in modo spontaneo ed estraneo all'intervento dell'autorità, e che conservano la loro natura serbando il loro carattere «amorfo (cioè: non formalizzato)»⁶⁷. Tale rinvio a «valutazioni non formulate del diritto» implica, in pratica, che «nel corpo sociale è viva l'opinione che il tale

⁶² PASSAGNOLI, «Invalidità del contratto e restituzioni», in *Obbl. e contr.*, 2010, 10, 649.

⁶³ Cfr. in questo senso NUZZO, voce *Negoziio illecito*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990, 5.

⁶⁴ PASSAGNOLI, *op. cit.*, 649.

⁶⁵ PANZA, *op. cit.*, 151.

⁶⁶ SACCO-DE NOVA, *Il Contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da SACCO, T. II, Torino, UTET, 3 ed., 2004, 67.

⁶⁷ SACCO-DE NOVA, *op. cit.*, 65.

atto sia contrario ai buoni costumi, il giudice fa sua quell'opinione, e la valutazione in questione diventa la base della contrapposizione fra contenuto contrattuale lecito o illecito»⁶⁸.

Ne discende una concezione dei buoni costumi extragiuridica, che implica, da parte del legislatore, un rinvio a regole esterne al diritto, non interscambiabili né connesse con i limiti imposti dall'ordine pubblico e dalla norma imperativa.

Per quanto riguarda l'incerta distinzione fra i diversi limiti dettati dall'art. 1343 c.c. (norma imperativa, ordine pubblico e buon costume) ed il connesso rischio di «appiattare» questa tripartizione ad una mera differenza terminologica, Sacco sottolinea l'esistenza di una distinzione «ontologica» tra ciò che è immorale e ciò che è contrario alla norma imperativa e all'ordine pubblico.

Con particolare riferimento all'ordine pubblico, rispetto al quale risulta più arduo determinare una linea di confine con il buon costume, egli lo considera come clausola correlata alla società giuridicamente organizzata⁶⁹.

L'autore non omette di sottolineare che «chi non vede fuori del campo degli interessi e del potere affaccerà l'ipotesi che il buon costume, nonostante tutto, tuteli interessi intersoggettivi che stanno particolarmente a cuore all'ordinamento: di qui, con un ulteriore passaggio, un accostamento fra il buon costume e la buona fede»⁷⁰. Egli prende tuttavia le distanze da coloro che pretendono di ritrovare le norme etiche all'interno della legge o della Costituzione; un tale errore può, a suo avviso, essere commesso soltanto dai «giacobini, che non sanno percepire un fatto sociale fuori dello Stato, o (da) chi scambia lo Stato stesso per una Chiesa, e la costituzione per una bibbia depositaria unica di ogni regola etica»⁷¹, e sottolinea che cade in equivoco chi «crede che non esista altra etica pensabile, all'infuori di quella di cui si è occupato il legislatore»⁷². Allo stesso modo Sacco critica quella giurisprudenza che intreccia la valutazione di conformità al buon costume e alla legge, e che «dalla contrarietà al diritto, o al diritto penale, ricava la contrarietà ai buoni costumi e dalla non contrarietà al diritto, o al diritto penale, ricava la non contrarietà ai buoni costumi»⁷³, operando un insano «livellamento concettuale»⁷⁴.

⁶⁸ SACCO-DE NOVA, *op.cit.*, 67.

⁶⁹ SACCO-DE NOVA, *op.cit.*, 65.

⁷⁰ SACCO-DE NOVA, *op.cit.*, 69.

⁷¹ SACCO-DE NOVA, *op.cit.*, 65.

⁷² *Ibidem.*

⁷³ SACCO-DE NOVA, *op. cit.*, 66.

⁷⁴ SACCO-DE NOVA, *op. cit.*, 67. Ad esempio nella massima di Cass., 7 luglio 1981, n. 4414, in *Foro it.*, 1982, I, 1679, si legge: «poiché la causa turpe deve essere

La clausola del buon costume concepita come fonte extra giuridica rappresenta un vantaggio non solo per il legislatore, che viene «liberato» dall'onere di «libellare lunghi elenchi di contenuti illeciti, e poi dal tenerli costantemente aggiornati»⁷⁵, ma anche per la società, che può «far valere le sue istanze, le sue valutazioni, le sue opinioni senza passare – per una volta – attraverso il filtro degli organi del potere»⁷⁶.

Sacco non nasconde che alcuni caratteri delle regole del buon costume possono apparire «negativi dal punto di vista dell'architettura sociale»⁷⁷. In primo luogo la mancanza di certezza, la quale può presentarsi come una minaccia alla sicurezza del traffico giuridico; in secondo luogo la loro lenta evoluzione, rispetto all'evoluzione dei giudizi di valore che si esprime nei mutamenti legislativi, o che nei testi legislativi la cultura giuridica riesce a leggere; infine la difficoltà di una ricostruzione del contenuto della clausola di fronte al pluriculturalismo che intesse la società, non più in grado di affermare un unico canone etico e proprio per questo bisognosa dell'intervento del diritto positivo.

Senza dubbio i mutamenti sociali, il pluralismo ideologico ed etico incidono sull'idea del buon costume, ma non è detto che per forza lo dequalifichino.

Anche di fronte alle sfide lanciate dalla società contemporanea emerge in una parte minoritaria della dottrina una risposta completamente diversa dalle posizioni finora illustrate. A differenza di altri autori, i quali guardano all'espandersi del multiculturalismo all'interno della società come ad una minaccia per l'operatività stessa della clausola del buon costume, alcuni autori paiono percepire con serenità il variegato panorama sociale. Il pluralismo ideologico ed etico non disincentiva, ma reclama una più ampia rilevanza del buon costume⁷⁸. Vi è chi non soltanto prende atto dell'esistente pluralismo sociale, che implica un corrispondente e inevitabile pluralismo morale, ma individua proprio nella clausola del buon costume un utile strumento per il diritto di fronte alle sfide del pluralismo culturale ed etico. Se in-

apprezzata in relazione al momento in cui il negozio è stato compiuto, deve escludersi che sia contrario al buon costume un contratto diretto a violare norme imperative ma non più sanzionate penalmente al momento della conclusione del contratto, in quanto lo stesso legislatore, escludendo la rilevanza penale di tali fatti, quanto meno «pro tempore», attenua la valutazione negativa dei fini stessi anche sotto il profilo etico e sociale».

⁷⁵ SACCO-DE NOVA, *op.cit.*, 65.

⁷⁶ SACCO-DE NOVA, *op.cit.*, 67.

⁷⁷ *Ibidem.*

⁷⁸ Cfr. SACCO-DE NOVA, *op.cit.*, 68.

fatti è vero che il diritto, a causa della «disparità delle valutazioni sociali, dell'agnosticismo e del calcolo permissivo»⁷⁹, rinuncia all'intervento sanzionatorio nei confronti dei contratti immorali, al tempo stesso esso non opta per una approvazione generalizzata di tutti quei «comportamenti che una volta erano puniti»⁸⁰. Si tratta, bensì, di un semplice atteggiamento di disinteresse da parte dell'ordinamento nei confronti della morale, che si realizza attraverso la rinuncia allo strumento sanzionatorio proprio dell'ordinamento giuridico.

Ciò fa sì che la sanzione giuridica punitiva abbandoni aree e spazi in cui, in precedenza, il diritto interveniva. Basti pensare all'ambito della morale familiare e sessuale: un'area in cui lo Stato, oggi, non ritiene più di intervenire, optando per una posizione di tendenziale indifferenza. Questo atteggiamento del diritto non significa affatto che si giustificano determinate condotte che un tempo venivano sanzionate ma, piuttosto, che il diritto adotta una posizione di neutralità nei confronti di tali comportamenti. Negli ambiti in cui «la sanzione abbandona il campo, si estende non già l'area di ciò che è visto dal diritto con pieno favore, ma l'area di ciò che giuridicamente è indifferente»⁸¹. È in quest'area la promessa non è giuridicamente vincolante. Secondo questa concezione la clausola del buon costume apre spazi alla pluralità di sistemi morali diversi e potenzialmente auto-sufficienti, senza richiedere il supporto e l'intervento, talvolta scomodo ed inopportuno, dello strumento punitivo dello Stato. Se un tempo, almeno fino a Trabucchi, prevaleva l'idea che il diritto avesse anche una funzione di «contrasto dell'immoralità», se non addirittura di educazione morale dell'individuo⁸², Sacco sostiene, invece, che, attraverso la clausola dei buoni costumi, il diritto manifesti in effetti un semplice atteggiamento di disinteresse.

La concezione «extra-giuridica» del buon costume è stata difesa, seppur con accenti diversi, anche da altri autori.

Francesco Gazzoni, pur riconoscendo che l'evoluzione o, nelle sue parole, «l'involuzione» della morale comune è così rapida da determinare «contrastanti e divergenze che solo lo Stato, tramite la norma giuridica, potrebbe mediare»⁸³, rifiuta espressamente «quella recente

⁷⁹ SACCO-DE NOVA, *op. cit.*, 68.

⁸⁰ *Ibidem.*

⁸¹ SACCO-DE NOVA, *op. cit.*, 69.

⁸² Il concetto di perfezionamento dell'animo umano è presente in RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, 28: «Le juriste ne peut oublier que le droit doit s'appliquer à une société humaine fondée sur la morale chrétienne. Cette morale, par sa conception particulière des fins de l'homme en ce monde, impose une série de règles qui ne tendent pas seulement à perfectionner l'âme(...)».

⁸³ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Esi, 2006, 803 e ss.

tendenza dottrinarica che mira invece a desumere la nozione da un'analisi della legislazione positiva»⁸⁴, in quanto non compete allo Stato, nelle sue funzioni istituzionali, di «fissare con efficacia *erga omnes* il contenuto di principi che sono il portato del comune sentire dei cittadini in un dato momento storico»⁸⁵. Se la natura sociale del criterio è fuori discussione, pare del tutto assurdo per l'autore «andare alla ricerca, nell'ambito della Carta costituzionale, di norme che sanciscano l'immoralità di prestazioni a pagamento»⁸⁶; se il meretricio è contrario al buon costume, prosegue, non lo è di certo perché «la Costituzione tutela la dignità umana all'art. 41, 2 comma o la salute all'art. 32, ma perché così ritiene la coscienza sociale»⁸⁷. La nozione di buon costume di Gazzoni resta legata a «principi fissi, pur se in evoluzione e dunque, in una visione storica, mutevoli»⁸⁸. Non deve essere quindi il giudice a costruire la regola di giudizio, la sua funzione sarà piuttosto quella di osservare la realtà sociale⁸⁹.

La natura «extra-legale» dei principi del buon costume (ed anche il loro carattere «relativamente più stabile» rispetto all'ordine pubblico, che esprime scelte politiche del legislatore) è affermata anche da Vincenzo Roppo⁹⁰.

⁸⁴ *Ibidem.*

⁸⁵ *Ibidem.*

⁸⁶ *Ibidem.*

⁸⁷ *Ibidem.*

⁸⁸ *Ibidem.*

⁸⁹ *Ibidem.*

⁹⁰ ROPPO, *Il Contratto*, in *Trattato di diritto privato* diretto da IUDICA e ZATTI, Milano, Giuffrè, 2011, 387; su cui cfr., in questo capitolo, la nota 5, anche per un confronto con precedenti posizioni dello stesso autore.

CAPITOLO III

L'eliminazione delle bonnes moeurs dal Codice civile del Québec

SOMMARIO: 1. La riforma del Codice civile canadese: storia di un processo di «secolarizzazione» del diritto. – 2. Le *bonnes moeurs englobés dans l'ordre public*. L'eliminazione delle *bonnes moeurs* dal Codice civile del Québec. – 3. Cosa è cambiato?

1. *La riforma del Codice civile canadese: storia di un processo di «secolarizzazione» del diritto*

Il nuovo Codice civile, entrato in vigore il 1 gennaio 1994, ha sostituito il vecchio *Code Civil du Bas Canada* del 1866, rappresentando la fase finale di un processo di revisione globale del diritto privato canadese, iniziato nel 1955. Il Primo Progetto di Codice Civile è frutto del lavoro compiuto dall'*Office de révision du Code civil* dal 1965 al 1977, sotto la direzione di Paul André Crépeau¹. In seguito ai lavori di quegli anni, e precisamente nel 1977, l'*Office de révision du Code civil* presentò un primo progetto a partire dal quale il Ministero della giustizia ne ha elaborato diversi altri, che si sono susseguiti negli anni fino alla redazione del *Projet de loi 125*² proposto all'*Assemblée Nationale* il 18 dicembre 1990. Il Progetto, dopo essere stato oggetto di discussioni e di numerosi emendamenti da parte della Commissione parlamentare, è stato adottato all'unanimità il 18 dicembre 1991³.

Le ragioni della ri-codificazione del diritto privato canadese sono

¹ Il Progetto di Revisione del Codice civile del Québec è stato inizialmente affidato al Prof. Paul André Crépeau, Professore di diritto della *Mcgill University*. I lavori dell'*Office de révision du Code civil* cui si fa riferimento in queste pagine si sono svolti dal 1965 al 1977 sotto la guida e la supervisione del Prof. Crépeau; tali lavori sono stati pubblicati nel *Rapport sur le Code civil du Québec, Office de Révision du Code civil, Commentaires, Editeur officiel Québec, 1978*

² *Projet de loi 125, Code civil du Québec, Commentaires détaillés sur les dispositions du projet, Disposition Préliminaire et Livre I: Des personnes (art. 1-363).*

³ L.Q. 1991, ch. 64.

strettamente legate all'urgenza, particolarmente avvertita in Québec, di porre rimedio alla distanza tra la realtà e la legge. È noto che il vecchio *Code civil du Bas Canada* aveva preso la veste di un «libro sacro» e, come affermato da Crépeau, «*devenait de plus en plus, au fil de temps – et jusqu'au milieu du siècle dernier – non seulement un symbole de permanence, mais bien une manifestation caractérisé d'immobilisme, de stagnation de la société*»⁴. La società, da parte sua, stava abbandonando gli schemi tradizionali e «*les modes de vie séculaires que le Code civil avait pour mission de régir*», così che, «mentre la vita della società mutava, il Codice civile del basso Canada rappresentava il riflesso di una vita passata e superata»⁵. Si è già avuto modo di constatare che anche in Québec, come in Francia, per lungo tempo il Codice civile fu considerato l'incarnazione della Ragione, della Giustizia naturale nei rapporti umani, e ogni tentativo di modificazione dei suoi postulati a seguito del mutamento dei tempi e dei cambiamenti sociali era visto con sospetto.

La dottrina constatava tuttavia l'immobilismo del Codice rispetto alla vita del sistema giuridico che esso governava. In tale contesto l'intervento della giurisprudenza e della legislazione svolse un ruolo importante, favorendo un sensibile mutamento del diritto civile.

L'esigenza di riconoscere il «potere trasformatore della società»⁶ ha iniziato ad emergere non solo nella prassi, ma anche nella dottrina civilistica: «*les valeurs sociales et morales et les politiques juridiques qui les incarnent, qui consacrent le Législateur, ne sont l'apanage d'aucun système juridiques, notamment, ni du droit civil ni de la common law; elles sont tout simplement le reflet, à un moment donné, des idées, des conceptions qui paraissent les mieux adaptées à ce que l'on croit bon et juste dans une société civile*»⁷. Si può affermare che la «modernizzazione» del Codice del Basso Canada fu il risultato delle «pressioni sociali» e della crescente spinta verso il «riconoscimento dell'individuo come titolare di diritti»⁸. La società québecchese della metà degli anni '60 incomincia a reclamare nuovi standard mo-

⁴ CRÉPEAU, *Le Motifs de la Recodification*, in *La Réforme du droit civil canadien: une certaine conception de la recodification, 1965-1977*, Montréal, Editions Thémis, 2003, 4-5.

⁵ *Ibidem*.

⁶ CRÉPEAU, *op. cit.*, 6.

⁷ CRÉPEAU, *op. cit.*, 20-21.

⁸ BRIERLEY e MACDONALD, *Quebec Civil Law. An introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery Publication, 1993, 85.

rali che, nel generale clima di «*deconfessionalization*», sostituiscono i valori tradizionali della religione⁹. Si è osservato che, dopo secoli di dominanza della religione cattolica, dopo gli anni '50 il Québec ha sperimentato un processo di secolarizzazione più intenso di quello che ha toccato molti paesi europei, in netto contrasto con quanto è avvenuto negli Stati Uniti¹⁰.

È chiaro l'intento di «modernizzazione»¹¹ del Codice civile: rendere le regole in esso contenute al servizio dell'uomo contemporaneo¹². Se il Codice civile deve essere il riflesso delle realtà sociali, morali, economiche e psicologiche di una società, era necessario rivedere senza preconcetti le istituzioni, i regimi, le regole e domandarsi il perché delle cose, la pertinenza o l'interesse di una norma in un Codice che era stato concepito come cristallizzazione della tradizione giuridica francese in uno Stato britannico del Nord America¹³, accettando i rischi che un tale processo implicava. Certo, «*l'ordre juridique ne sera toujours qu'un pâle reflet de l'ordre moral; il est surtout essentiel de comprendre que, dans une société démocratique et pluraliste, le rôle du droit – et des juristes appelés à en proposer la reformulation – est de traduire aussi fidèlement que possible ce qu'un peuple, à un moment donné de son histoire, estime devoir être le bien, le juste*»¹⁴.

La società del Québec era mutata velocemente e profondamente, ed era composta da molteplici scenari, talvolta discordanti fra loro, di fronte ai quali il diritto civile del Québec si trovava spesso impreparato. Si è così provveduto ad un riesame sistematico del Codice civile, a una riforma «*en profondeur*» al fine di ristabilire l'unità organica del diritto civile e di accordarlo alle realtà contemporanee, talvolta riproducendo le norme contenute nel Codice anteriore, talvolta presentandole nel nuovo Codice secondo una nuova e rinnovata formulazione, per esigenza di chiarezza, di esattezza e di modernità¹⁵.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Cfr. BIBBY, «*Religion À La Carte in Quebec: A Problem of Demand, Supply, or Both?*», in *Globe: revue internationale d'études québécoises*, Vol. 11, n. 1, 2008, 153.

¹¹ *Ibidem*.

¹² CRÉPEAU, *Une certaine conception de la recodification*, Montréal, Editions Thémis, 2003, 50.

¹³ CRÉPEAU, *op. cit.*, 51.

¹⁴ CRÉPEAU, «*La fonction du droit des obligations*», in (1998) 43 *McGill L.J.* 729, 766.

¹⁵ Cfr. CRÉPEAU, *Une certaine conception de la recodification*, Montréal, Editions Thémis, 2003, 32.

«Il fallait en somme faire du nouveau Code civil le reflet des réalités sociales, morales et économiques de la société québécoise d'aujourd'hui; un corps de lois vivant, moderne, sensible aux préoccupations, attentif aux besoins, accordé aux exigences d'une société en pleine mutation, à la recherche d'un équilibre nouveau»¹⁶.

2. *Le bonnes moeurs englobés dans l'ordre public. L'eliminazione delle bonnes moeurs dal Codice civile del Québec*

Il processo di riforma del Codice civile, ben chiaro nelle intenzioni della Commissione, fu però graduale nella realizzazione, come dimostrano anche i diversi progetti di revisione. Per quanto più direttamente ci interessa, si deve notare che nel primo Progetto, presentato il 20 giugno 1978 all'Assemblea Nazionale, non si trova alcun intervento modificatore degli articoli inerenti il contratto in generale e l'illiceità del contratto.

Soltanto con il *Projet de loi 125* si assiste al radicale intervento sul vecchio art. 990 CcBC, e alla formulazione del nuovo art. 1411 del Codice civile del Québec, che sancì la definitiva eliminazione della clausola delle *bonnes moeurs*, quale limite all'autonomia contrattuale, dal Codice civile.

Il Progetto fu, in seguito, approvato all'unanimità da parte dell'Assemblea Nazionale, con la *Lois du Québec* 1991, chap. 64, attuativa della Riforma¹⁷.

Indagando nelle discussioni parlamentari, si trovano le tracce di quella esplicita volontà di «*seculariser le langage du code civil*»¹⁸, che ha portato alla eliminazione delle *bonnes moeurs* dal testo del Codice, nel campo delle obbligazioni come anche in quello della persona e della famiglia.

Leggendo i testi dei verbali delle discussioni sul *Projet de loi 125*, sembra evidente che nella percezione comune le nozioni di *bonnes moeurs* e di *ordre public* avevano definitivamente perso la loro originaria autonomia. Particolarmente significative furono le discussioni della sottocommissione dedicate all'*Etude détaillée du projet de loi 125 - Code civil de Québec*. Nella seduta svoltasi il 18 settembre

¹⁶ *Rapport sur le Code civil de Québec, Office de révision du Code civil*, vol. I, *Projet du Code civil*, Editeur officiel Québec, 1978, XXIV.

¹⁷ Il Progetto fu approvato all'unanimità dall'Assemblea Nazionale il 18 dicembre 1991, L. Q. 1991, chap. 64.

¹⁸ CRÉPEAU, «*La fonction du droits des obligations*», in (1998) 43 *Mcgill L.J.* 729, 72.

1991, dedicata, fra le altre materie, alle «*obligations en general*» e ai «*contrats*», al momento di approvare e adottare l'articolo 1370 comma 2 sull'oggetto del contratto, i commissari Harel e Pineau esplicitarono la volontà di sopprimere il riferimento alle *bonnes moeurs*. Le loro proposte furono adottate, come dimostrano i verbali della Sottocommissione, di cui è interessante riportare uno stralcio:

«M. Pineau: *Juste avant l'article 991, Bas-Canada, il y a un paragraphe intitulé: 4. – De l'objet des contrats, et au-dessous il y a:» Voir Chap. V. – De l'objet des obligations». Alors, il y a une confusion effectivement entre l'objet de l'obligation et l'objet du contrat. (...)*

Mme Harel: *En fait, ce que l'on ajoute, c'est le deuxième alinéa à 1370, je crois, en comparaison avec l'article 1058 actuel du Code, c'est-à-dire qu'on précise que la prestation ne doit être ni prohibée par la loi ni contraire à l'ordre public.*

M. Pineau: *Oui. L'article 1058, Bas-Canada, qui se lit actuellement de la façon suivante:*

«Toute obligation doit avoir pour objet quelque chose qu'une personne est obligée de donner, de faire ou de ne pas faire», eh bien! cette définition n'est pas tout à fait exacte, n'est-ce pas? On aurait dû dire: Toute obligation doit avoir un objet qui consiste à donner, faire ou ne pas faire. Alors, c'est cette rectification que l'on fait dans l'article 1370, alinéa 1.

Mme Harel: *Et à 2?*

M. Pineau: *Et quant à l'alinéa 2, il s'agit de reprendre l'article 1060 et, d'autre part, l'article 1062, Bas-Canada.*

Mme Harel: *C'est ça. Et on remplace «les bonnes moeurs» par «l'ordre public».*

M. Pineau: *Alors, l'ordre public englobe...*

Mme Harel: *C'est ça. Ha, ha, ha!*

M. Pineau: *... engloberait désormais...*

Mme Harel: *Les bonnes moeurs.*

M. Pineau: *... les bonnes moeurs. C'est cela»¹⁹.*

Come si può notare, sostanzialmente non vi è stata discussione. L'ordine pubblico ingloba i buoni costumi. Nel Progetto di legge 125 è stato rimosso ogni riferimento alle *bonnes moeurs* dagli articoli del Codice civile, sia nella parte generale sia in quelle successive, dedicate alle obbligazioni e ai contratti.

A commento di tale eliminazione, si è scritto che, mentre nel vec-

¹⁹ 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, XXXIVème législature, Québec.

chio *Code civil du Bas Canada* la distinzione fra *ordre public* e *bonnes mœurs* era giustificata dalla «*realtà culturale e sociologica della fine del XIX secolo, al tempo profondamente impregnata, nel costume ordinario, dalla morale cristiana*»²⁰, il legislatore con il nuovo Codice ha scelto di adattare le norme del Codice alla «*nouvelle moralité contractuelle*»²¹. Il nuovo Codice civile del Québec non menziona più le *bonnes mœurs* «*a ragione*», dato che questa nozione è «*in ogni caso assimilata da buona parte della giurisprudenza e della dottrina all'ordine pubblico*», e che «*nel contesto sociale contemporaneo, non evocava più una realtà sociale diversa*»²².

L'art. 9 del nuovo Codice civile del Québec – corrispondente al vecchio art. 13 del CcBC – recita dunque: «*Dans l'exercice des droits civils, il peut être dérogé aux règles du présent code qui sont supplétives de volonté; il ne peut, cependant, être dérogé à celles qui intéressent l'ordre public*».

Mentre secondo l'art. 1411, che sostituisce il vecchio art. 990 del CcBC sulla illiceità della causa del contratto: «*Est nul le contrat dont la cause est prohibée par la loi ou contraire à l'ordre public*».

La scelta del legislatore di eliminare la nozione delle *bonnes mœurs* dal Codice è il frutto di un'apertura alle mutate concezioni sociali, nell'attuale contesto permissivo e pluralista del Québec, e di una volontaria rottura con la tradizione. Si è parlato in dottrina di un vero e proprio movimento di desacralizzazione, che ha largamente contribuito alla riforma del 1994²³. Se un tempo si poteva rinviare con facilità alla «*morale chrétienne*», oggi i valori sociali sono cambiati²⁴. Al pluralismo religioso e filosofico si aggiunge oggi il pluralismo dei costumi²⁵; nella società del Québec non vi sono più norme di «*buon costume*» su cui vi sia un consenso sociale²⁶.

²⁰ BAUDOIN, *Les obligations*, Cowansville, Yvon Blais, 5 ed., 1998, 128.

²¹ BAUDOIN, *op. cit.*, 12, §13.

²² BAUDOIN e JOBIN, *L'ordre public*, in *Les obligations*, Cowansville, Yvon Blais, 6 ed., 2005, §140: «*La notion de bonnes mœurs de toute façon était assimilée par une bonne partie de la jurisprudence et la doctrine à l'ordre public et qui, dans le contexte social contemporain, n'évoquait plus une réalité sociologique véritablement distincte*».

²³ NIORT, «*Le Code civil face aux défis de la société moderne: une perspective comparative entre la révision française de 1904 et le nouveau Code civil du Québec de 1994*», in 39 *McGill L.J.* 845 1993-1994, 849.

²⁴ Cfr. KARIM, «*L'ordre public en droit économique: contrats, concurrence, consommation*», in *Les cahiers de droit*, vol. 40, n. 2, 405-406.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ BAUDOIN e JOBIN, *L'ordre public, Les Obligations*, Cowansville, Yvon Blais, 6

L'espressione *bonnes moeurs* non piace più, è desueta e rimanda ad altro; si preferisce di gran lunga considerare i buoni costumi come una componente dell'ordine pubblico, il quale mira alla tutela dell'interesse generale piuttosto che della morale in quanto tale²⁷.

3. Cosa è cambiato?

In Québec l'erosione della clausola delle *bonnes moeurs* ha trovato la sua definitiva consacrazione anche sul piano formale, scomparendo tale clausola anche dal Codice. La clausola delle *bonnes moeurs* non è più menzionata nel nuovo Codice civile perché – come illustrato – «*d'une part, elle n'a plus la signification et la portée qu'elle avait dans la société québécoise d'autrefois et que, d'autre part, elle est aujourd'hui comprise dans la notion d'ordre public lorsqu'on réfère à des conduites illicites ou criminelles. L'acte juridique que porte atteinte aux bonnes moeurs porte généralement atteinte à l'ordre public et la convention immorale qui déroge à l'ordre public demeure interdite*»²⁸.

Senonché si assiste inevitabilmente, secondo una dinamica che abbiamo già visto operare in Fancia, ad una inusuale estensione e diversificazione dell'ordine pubblico, volto a comprendere al suo interno anche le ipotesi di illiceità precedentemente connesse al buon costume.

A seguito della modifica dell'articolo 1411 del Codice civile (art. 990 CcBC), si constata peraltro che «*cette expression ordre public est un terme à contenu variable dans le temps et dans l'espace, c'est-à-dire un terme dont l'interprétation est susceptible de se modifier en fonction des valeurs sociales, morales ou économiques dominantes à divers moments dans l'histoire d'une société. Ce qui, dans le passé, parfois même récent, était jugé illicite, (...) n'est plus aujourd'hui considéré comme portant atteinte à l'ordre public moral*»²⁹.

La Provincia del Québec, ricorre, dal 1994, alla clausola di «*ordre public moral*» per tutelare i buoni costumi. Questa clausola vieta quei

ed., 2005, §140: «*la société québécoise (...) elle comporte bien peu de normes de comportement faisant consensus*».

²⁷ Si vedano sul punto: BAUDOUIN, *Les obligations*, 5 ed., 1998, § 129-130; TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur ltée, 7 ed., 2009, 196-197.

²⁸ Projet de loi 125, *Code civil du Québec, Commentaires détaillés sur les dispositions du projet*, artt. 1-163, 1991

²⁹ CRÉPEAU, «*La fonction du droits des obligations*», in (1998) 43 *Mcgill L.J.* 729, 762.

contratti che, rispetto ai valori generalmente ammessi, sono considerati immorali³⁰. Attraverso l'*ordre public moral* la dottrina e la giurisprudenza del Québec evitano il ricorso alla nozione di «*bonnes mœurs*», preservandone tuttavia il contenuto³¹. 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 repressibili³², rientrano oggi, più «convenientemente», nella contrarietà all'ordine pubblico, «*sous réserve évidemment que les standards de l'ordre public n'aient pas changé sur le sujet*»³³. Basti pensare, ad esempio, ai contratti sulla gestione degli interessi patrimoniali di una coppia di persone dello stesso sesso, ai contratti di prosenetico matrimoniale, ai contratti che pattuiscono la remunerazione di una prestazione sessuale, ai contratti di sterilizzazione volontaria o di streap-tease³⁴.

Sul piano sistematico la riforma del Codice civile ha comportato un radicale cambiamento: l'immoralità non si differenzia più dall'illiceità. Il legislatore – di fronte allo sfumare della differenza tra la nozione di *bonnes mœurs* e quella di *ordre public* – «*a englobé la première dans la seconde*», che si tratti di oggetto, causa o risultato: «*quant à l'illicéité (ou l'immoralité qui n'est plus désormais différen-*

³⁰ Per il legislatore québecchese 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). Così come sono nulli i contratti di prostituzione o il *pot-de vin* (pagamento di tangenti), PINEAU, BURMAN e GAUDET, *Théorie des obligations*, Montréal, Edition Thémis, 1996, 256.

³¹ KARIM, «*L'ordre public en droit économique: contrats, concurrence, consommation*», in *Les cahiers de droit*, vol. 40, n. 2, 411: «*L'ordre public peut également être à la fois au service de la famille et veiller à la protection de certaines valeurs morales*».

³² Si vedano in giurisprudenza: Webster v. Kelly, in (1891) 7 *M.L.R.C.S.* 25; McKibbin v. Mc Cone, in (1899) 16 *C.S.* 126; Bruneau v. Laliberté, in (1901) 19 *C.S.* 425 (assicurazione d'una maison de prostitution); Lecker v. Balthazar, in (1909) 15 *R.J.* 1; Noël v. Brunet, in (1915) 48 *C.S.* 119 (location d'una maison de prostitution); Langelier Ltée v. Demers, in (1928) 66 *C.S.* 120 (location d'un piano à une maison de prostitution); Hébert v. Sauvé, in (1932) 38 *R.L.* (n.s.) 410 (*C.S.*).

³³ BAUDOUIN, *Les obligations*, Cowansville, Yvon Blais, 5 ed., 1998, 128. Cfr. anche PINEAU, BURMAN e GAUDET, *Théorie des obligations*, Montréal, Editions Thémis, 1996, 256: «*Jadis, le contrat d'assurance-vie, le contrat de courtage matrimonial, le contrat de claque (par lequel un artiste ou l'organisateur d'un spectacle paie les applaudissements nourris de certaines spectateurs) étaient considérés comme immoraux; leur validité est aujourd'hui admise. La convention de strip tease aurait été, il y a quelques années, jugée immorale; sans doute serait-elle jugée valable aujourd'hui!*».

³⁴ Si veda in merito il caso Cataford c. Moreau, in (1978), *C.S.* 933. Il diritto civile del Québec non si oppone più alla conclusione di questi contratti, come osservato anche da BAUDOUIN e JOBIN, *op. cit.*, §140.

ciée de l'illicéité, car la notion des bonnes moeurs étant très proches de la notion d'ordre public, le législateur a englobé la première dans la seconde), qu'il s'agisse de celle de l'objet, de la cause – ou peut-on ajouter du résultat –, elle sera sanctionnée soit par la nullité absolue si l'ordre public est l'ordre public de direction, soit par la nullité relative si l'ordre public touché est l'ordre public de protection, ce qui est souvent le cas lorsque il s'agit de l'ordre public économique»³⁵.

In Québec si è optato per una soluzione che appare radicale nella forma ma, secondo alcuni autori, non completamente riuscita nella sostanza. Resta infatti vero che la decisione di eliminare l'espressione *bonnes moeurs* dal Codice civile non può espungere tale nozione dalla sfera del diritto; ed anzi più di un autore ha criticato la scelta del legislatore, sottolineando che l'espressione «buon costume» traduceva una nozione del tutto particolare e caratteristica che meritava di essere mantenuta: «On notera que le CcQ a éliminé sinon la notion, du moins le terme, de bonnes moeurs (voir les art. 8-9 et 1413 CcQ). On peut le regretter, car même si l'on croit pouvoir estimer que l'ordre public comprend les bonnes moeurs, il n'empêche que l'expression «bonnes moeurs» traduit une notion bien particulière qui méritait d'être retenu»³⁶.

Secondo Paul André Crepeau infatti «ce n'est pas en éliminant le terme que le législateur réussira à en bannir la réalité»³⁷.

Tale riflessione è ragionevole. Ciò che era contrario ai buoni costumi, finisce con l'essere semplicemente considerato contrario all'ordine pubblico morale. Tuttavia è chiaro che la scelta di eliminare una nozione dal Codice civile non è mai un'operazione «priva di conseguenze». Non bisogna infatti trascurare il significato che una simile scelta veicola all'interno della compagine sociale.

Come affermato da Baudouin, il legislatore del 1994 ha scelto di adattare le norme del Codice alla «*nouvelle moralité contractuelle*», attraverso una precisa scelta di formulazione linguistica della re-

³⁵ *Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, La Réforme du Code civil, Obligations, contrats nommés*, Les Presses de l'Université Laval, 1993, 78.

³⁶ CRÉPEAU, «*La fonction du droits des obligations*», (1998) 43 *Mcgill L.J.* 729, 759, nota 136.

³⁷ CRÉPEAU, *ibidem*: «Ce n'est pas en éliminant le terme que le législateur réussira à en bannir la réalité. Un acte peut être contraire aux bonnes moeurs sans porter atteinte à l'ordre public, par exemple au contrat individuel de prostitution à credit; pareillement, un acte peut être contraire à l'ordre public sans pour autant être contraire aux bonnes moeurs, par exemple un contrat de services professionnels rendus par une personne qui n'est pas membre de la profession considérée»; in giurisprudenza cfr.: Pauzé c. Gauvin, in [1954] R.C.S. 15.

gola³⁸; ha scelto di riformulare le regole tradizionali della teoria generale delle obbligazioni «*tant au niveau de la formulation des règles qu'à celui de leur expression*», tanto che un passaggio fondamentale della riforma del Codice civile è rappresentato dai «*changements importants par rapport à la langue utilisée par le Code civil du Bas Canada*»³⁹.

La decisione del nuovo Codice del Québec di mantenere, delle due clausole originarie, solo quella dell'ordine pubblico, se da un lato rispecchia maggiormente le concezioni prevalenti, dall'altro non riesce a chiudere il cerchio. Con ciò si vuol dire che, se l'intenzione del legislatore è fare ordine e dare più certezza ai giudici, eliminando dal Codice civile la clausola del buon costume, nella realtà ciò risulta impraticabile perché, come testimoniato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, non è possibile eliminare il concetto di buon costume dal diritto civile⁴⁰: «*l'ancienne notion de bonnes moeurs survit donc, mais sous un vocable différent. Elle peut être maintenant désignée tantôt comme l'ordre public politique et moral*»⁴¹.

Rientrano quindi nell'ambito dell'ordine pubblico morale tutte le leggi «*sur l'administration de la justice, sur l'organisation de l'État, les lois administratives et fiscales, les lois d'organisation des corporations professionnelles, les lois pénales, du moins quand elles interdisent de passer un contrat contraire à leurs prohibitions, les lois du travail, la Charte des droits et libertés de la personne*»⁴²; come pure le leggi sui diritti della personalità, sullo «*statut familial et la morale*». Sono nulli perché in contrasto con l'ordine pubblico morale i contratti che mirano a cambiare lo stato dei membri della famiglia, a rinunciare a o a trasferire l'autorità dei genitori, a rinunciare al matrimonio o al divorzio; i contratti di separazione; i contratti di procreazione per conto di terzi; alcuni contratti in materia di integrità fisica⁴³.

Va ad ogni modo segnalato che anche la nuova clausola di *ordre public moral* sembra in crisi. Le materie che, dopo il Codice del '94,

³⁸ BAUDOUIN, *Les obligations*, 5 ed., 1998, 12, §13.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Cf. KARIM, «*L'ordre public en droit économique: contrats, concurrence, consommation*», in *Les Cahiers de droit*, vol. 40, n. 2, 1999, 406: «*En effet il est faux de prétendre que la notion d'immoralité a disparu du droit civil québécois. Le législateur interdit toujours le contrat immoral, c'est-à-dire celui qui peut concerner, non seulement un objet illégal ou hors commerce, mais aussi porter atteinte à la dignité de la société*».

⁴¹ KARIM, «*L'ordre public en droit économique: contrats, concurrence, consommation*», in *Les Cahiers de droit*, vol. 40, n. 2, 1999, 407.

⁴² BAUDOUIN-JOBIN, *L'ordre public*, in *Les obligations*, 6 ed. 2005, Montréal, Thomson Reuters Limitée, 8, §144.

⁴³ *Ibidem*.

dovrebbero rientrare nell'ambito dell'*ordre public moral*, risultano di giorno in giorno più difficili da individuare, proprio perché «à la morale judéo-chrétienne assez unifiée a succédé, dans la société contemporaine, un grand pluralisme, aux plans de la religion, de la pensée sociale laïque, et des mœurs»⁴⁴. La molteplicità di sistemi morali ha relegato la nozione di *mœurs* al ruolo di un concetto generico che riunisce in sé, secondo diverse gradazioni «les manières, les coutumes, les traditions, les moeurs, la loi, l'éthique, et l'opinion publique»⁴⁵.

Si può da ciò comprendere il crescente timore che aleggia intorno alla nozione odierna di ordine pubblico; «il est difficile de donner une définition précise de l'ordre public pour deux raisons. Tout d'abord parce qu'il prend des aspects variés (ordre public national, international, contractuel, etc.). Ensuite, parce qu'il s'agit d'un concept en constante évolution. Il change, en effet, avec le temps puisqu'il représente, au fond, l'état des mœurs à un moment donné de l'évolution sociale»⁴⁶. Anche il «nuovo» ordine pubblico, estensibile, duttile, da tirare in lungo e in largo a seconda delle situazioni da tutelare, rischia di rivelare quella vaghezza e imprecisione di confini che fu, in passato, rimproverata alla nozione di buon costume.

Sembra infatti che le stesse difficoltà nella individuazione del contenuto che hanno innescato il progressivo sgretolamento dei buoni costumi si stiano ora ripercuotendo sulla «nuova» clausola dell'ordine pubblico. Proprio la malleabilità di questo nuovo ordine pubblico non fa altro che riproporre il medesimo problema, come confermato dal ventaglio di opzioni classificatorie che intorno ad essa si sono sviluppate.

⁴⁴ BAUDOIN-JOBIN, *L'ordre public*, in *Les Obligations*, 6 ed., 2005, § 139.

⁴⁵ LACHAPPELLE, *L'ordre public et les bonnes moeurs dans la Province de Québec*, Montréal, Université McGill, 1951, 71.

⁴⁶ BAUDOIN, *Les obligations*, 5 ed., 1998, 128.

CAPITOLO IV

La disciplina della ripetizione dell'indebito in caso di pagamento ob turpem causam di fronte alla crisi del buon costume

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La ricezione della regola *Nemo auditur* nell'ordinamento francese. – 3. Gli incerti confini della regola dell'irripetibilità nel diritto italiano. – 4. La regola della irripetibilità in seguito all'eliminazione della clausola del buon costume dal Codice civile del Québec. – 5. Le sorti della regola «*In pari causa turpitudinis*» di fronte alla crisi della clausola del buon costume.

1. Premessa

La regola della ripetizione di quanto prestato in esecuzione del contratto nullo, quale è il contratto immorale, riceve tradizionalmente una eccezione importante attraverso l'applicazione della massima, di origine romana, *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*¹. Come documentato nei testi del Digesto, nel diritto romano si rifiutava la ripetizione a colui che aveva eseguito una prestazione compiendo un atto immorale².

Questa stessa regola viene talvolta espressa con la massima *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*, talvolta con un'altra massima: *In pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*. Questa diversa formulazione pone l'accento sul fatto che la turpitudine deve essere comune alle due parti: «chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume non può ripetere quanto ha pagato»³.

¹ Cfr. ROLAND-BOYER, *Adages du Droit Français*, Paris, Litec, 3 ed., 1992, 340, § 166 e 486, § 232.

² Capitant fa riferimento a Papiniano, D. 12.7, de cond. sine causa, 5, a Paolo D. 12.5, de cond. ob turp. vel inj. caus., 3 e 8; C. 4.7, de cond. ob. turp. vel inj. caus., 2. Questi testi si applicavano ai contratti immorali, ma non a quelli illeciti.

³ Cfr. RESCIGNO, «*In pari causa turpitudinis*», cit., 2. In questo articolo l'autore precisa che, mentre la formula *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* contempla le due ipotesi di irripetibilità (sia quella in cui l'immoralità sia solamente dalla parte del *solvens*, che quella in cui l'immoralità è di colui che presta e di colui che riceve), la regola *in pari causa* si riferisce esclusivamente alla seconda ipotesi.

La ripetizione quindi è rifiutata quando si tratti di scambi, appunto, immorali. Bisogna tener presente, al riguardo, che l'immoralità può essere unilaterale o bilaterale: se, per liberare una persona cara che è stata sequestrata dai banditi, pago la somma da essi richiesta, non commetto certo un'azione immorale; l'immoralità è solo dalla parte dell'*accipiens* (i banditi) e, in questa ipotesi, il diritto di chiedere la restituzione di quanto pagato è senz'altro riconosciuto all'interessato. Tale diritto, invece, viene negato se il pagamento deve considerarsi immorale anche con riferimento a chi effettua la prestazione, ad esempio nel caso in cui si paghi un funzionario pubblico per favorire la buona riuscita di un affare. In sostanza, non si vuole dare ascolto a colui che deve confessare la propria turpitudine per ottenere la restituzione⁴.

Certo stride l'affermazione secondo cui in caso di uguale turpitudine *melior est condicio possidentis*. La regola non fa che registrare un dato di fatto: colui che ha ricevuto il pagamento e non deve restituirlo si trova in una situazione nettamente più favorevole di colui che l'ha effettuato, il quale «non può invocare la turpitudine della sua azione per ottenere la restituzione»⁵. La condizione del *possidens* non è dunque «migliore» in quanto «da valutare più favorevolmente»; ma «migliore» in quanto «più fortunata».

In realtà, sull'esatto significato e sull'ambito di applicazione di tale eccezione sono sempre esistiti dubbi. Almeno secondo la lettura prevalente, tale regola chiama in causa la distinzione tra illiceità per contrarietà alla legge (illegalità) e illiceità per contrarietà ai buoni costumi (immoralità). La soluzione però, come vedremo, non è sempre stata pacifica.

2. La ricezione della regola *nemo auditur nell'ordinamento francese*

Il diritto francese, dal tempo dei glossatori fino all'*Ancien régime*, mantiene la regola *nemo auditur*. Tuttavia, non sono del tutto chiari i confini di applicazione della regola. Certamente, nella riflessione immediatamente antecedente alla codificazione, era ben presente la distinzione tra contratti contrari ai buoni costumi, alla giustizia e al diritto naturale, e contratti contrari soltanto al diritto positivo⁶. Du-

⁴ L'esempio è ricorrente nella manualistica, cfr. per tutte: TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2011, 569, §308.

⁵ BERTOZZI, *Dizionario dei brocardi e dei latinismi giuridici*, 3 ed., Milano, IPSOA, 1993, 72-73; cfr anche: MAYRAND, *Dictionnaire des maximes et locutions latines utilisées en droit*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, 118-119.

⁶ Vedi, ad esempio, DOMAT, *Les lois civiles*, L. 1, Sect. IV, § I, 142.

rante l'*Ancien régime*, però, la giurisprudenza francese applicava i principi «*in pari causa*» e «*nemo auditur*» in modo discontinuo, senza «tentare di costruire un monumento logico e ordinato»⁷. La regola, vivissima nel diritto medievale, non viene riportata nel Code Napoléon.

Di fronte a questa situazione erano possibili tre diverse conclusioni: giustificati dal silenzio del Codice, si poteva abbandonare la regola; oppure si poteva ammettere l'esistenza della regola, ma senza differenziare tra le diverse ragioni di illiceità del contratto; oppure si poteva distinguere tra mera illiceità e immoralità, ammettendo la ripetizione nel primo caso e negandola nel secondo.

Sembra dunque necessario tentare di sciogliere quei nodi che si sono venuti a creare intorno alla applicazione della regola, attraverso un'analisi delle diverse posizioni assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza dinanzi alle tre strade appena prospettate.

All'indomani della codificazione, influenzata dalle Corti dell'*Ancien Régime*, la giurisprudenza conserva la regola *nemo auditur* nonostante il silenzio del codice. I giudici sembrano dare per scontata l'implicita sopravvivenza della regola, senza tuttavia sforzarsi troppo di precisarne i confini e volgendo lo sguardo alle decisioni emesse dalle corti dell'*Ancien régime* per cercare soluzioni e punti di riferimento⁸. Dopo l'entrata in vigore del Codice, come si è osservato, la giurisprudenza «sia nell'applicare l'adagio che nel rifiutarlo o nell'accoglierlo anche solo parzialmente, non si dedica ad argomentare le sue motivazioni»⁹.

Anche in dottrina i primi commentatori del Codice civile sembrano considerare applicabile la regola imposta dall'adagio *nemo auditur*, senza tuttavia approfondire il tema¹⁰.

⁷ LE TOURNEAU, *La règle «Nemo auditur...»*, Paris, Durand-Auzias, 1970, 19.

⁸ È di questo avviso, LE TOURNEAU, *op. cit.*, 19-20.

⁹ Il dato è rilevato da CARDAHI, «*L'Exécution des conventions illicite et immorales; étude de l'adage Nemo auditur d'après le droit comparé, le droit musulman et les moralistes chrétiens*», in *Rev. intern. de dr. comp.*, 1951, 385: «*les tribunaux, soit pour appliquer la maxime, soit pour l'écartier ou ne l'accueillir que partiellement, ne sont pas prodigues d'arguments*».

¹⁰ Cfr. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, Bruxelles, Société Typographique Belge, 1847, T. III, *Des contrats et obligations*, 287, §126: «*Mais (...) si la chose ou la somme qui en était le salaire a été payée en vertu de la convention, celui qui l'a donnée ne peut la répéter; le mal est fait, et la faute commise par le corrupteur qui a payé pour faire commettre un crime ne peut plus être réparée: elle ne peut donc être un titre ni un prétexte pour répéter ce qu'il a donné. Si l'un ne mérite pas de retenir le salaire de son crime, le lâche corrupteur mérite encore moins de recouvrer ce qu'il a donné. Il y a faute de part et d'autre: on doit donc s'en tenir à la règle générale, et donner la préférence au possesseur. L. 128, de*

Come osservato da Capitant, «sono soprattutto i tribunali che si basano sulla vecchia regola del diritto romano *nemo auditur o in pari causa turpitudinis cessat repetitio*, e che la considerano sempre in vigore per scartare la ripetizione di quanto prestato in esecuzione di un contratto illecito»¹¹. L'autore non manca però di osservare che non sempre l'adagio veniva applicato. In effetti l'applicazione o meno del principio sembra dipendere soprattutto dalle diverse «*espèces de contrats*» portate all'attenzione delle corti: per capire se e con quale *ratio* la giurisprudenza applicava l'adagio¹², secondo Capitant, non si può affrontare l'argomento in generale, ma occorre fare una distinzione fra i diversi generi di contratti¹³.

Sia pure in modo non lineare, sembra che le incertezze della giurisprudenza ruotassero intorno alla scelta se applicare la massima in tutti i casi di contratto illecito o distinguendo tra immoralità e illicità.

Fino alla prima metà dell'Ottocento, la giurisprudenza ha negato l'azione di ripetizione in caso di «*convention illicite*», senza distinguere all'interno della illicità tra contrarietà alla legge o all'ordine pubblico da un lato, e contrarietà al buon costume dall'altro. La giurisprudenza non mancava di giustificare espressamente il diniego della ripetizione sulla base dell'immoralità in alcuni casi. Ad esempio, nei contratti di *claque*, conclusi con un imprenditore teatrale per assicurare il successo della rappresentazione, la giurisprudenza rifiutava la ripetizione perché li considerava contrari alla morale e all'ordine pubblico¹⁴. Tuttavia in altri casi giungeva alle medesime conclusioni per

reg. jur. C'est la règle tracée par le droit romain. Si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem poziore esse, et ideo repetitionem cessare. L. 8, ss., de condict.ob turpem causam, 12,5.); VILLAUME segnalò la vigenza della regola nel commento all'art. 1133 del suo Commentaire analytique du Code Napoléon, Paris, Cotillon Durand, 1855, 357: «lorsqu'un contrat a une cause illicite de part et d'autre, aucun des contractants ne peut en demander l'exécution; mais si l'un d'eux remplit son engagement, il ne peut pas répéter. In pari causa, melior est causa possidentis. Si la convention est illicite seulement de la part de celui qui reçoit, celui qui a donné, peut se faire restituer quoi que l'autre contractant ait exécuté le contrat»; cfr. anche DEMO-LOMBE, Cours de Code Civil, T. II, Bruxelles, Stienon, 1868, 132; LAROMBIÈRE, Théorie et pratique, Paris, Pedone-Lauriel, 1885, 320-321; AUBRY e RAU, op. cit., 5 ed., T. VI, § 442 bis, nota 8, 322.

¹¹ CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris 1927, 247 e ss., §114.

¹² Cfr. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, Dalloz, 1927, 250 e ss., §115.

¹³ *Ibidem*

¹⁴ Cass. Req., 17 mai 1841, in *Sirey* 1841, I, 623: «*Considérant que les conventions dont il s'agit sont illicites, contraires aux bonnes mœurs et ne peuvent conséquemment produire aucun effet*»; Paris, 23 juillet 1853, in *Dalloz* 1853, 5, 450: «*Les conventions, dont l'objet est d'assurer par des applaudissements le succès des pièces de théâtre, sont nulles comme contraires à la morale et à l'ordre public, en ce sens que*

i contratti contrari alla legge o all'ordine pubblico: così per i contratti di pagamento di sovrapprezzo per l'acquisto di una carica pubblica¹⁵, per i contratti di vendita di merci contraffatte¹⁶, per i contratti di società per sfruttare una determinata posizione¹⁷, per i contratti di speculazione in borsa¹⁸, per contratti di attività professionale conclusi con un persona priva di un valido titolo per esercitarla¹⁹, e per molti altri²⁰.

Da un certo momento in poi, proprio in riferimento ai casi di contratti per l'acquisto con sovrapprezzo di funzioni pubbliche, l'atteggiamento della giurisprudenza subì un rilevante cambiamento. Tali contratti erano nulli perché contrari alla legge, che vietava la libera disposizione degli «*offices ministeriel*» da parte dei titolari, riconoscendo loro solamente la facoltà di presentare una lista di possibili

les sommes payées en vertu de telles conventions ne peuvent pas même être répétées devant les tribunaux»; Paris, 8 août 1853, in Sirey 1853, 2, 499: «la loi ne permettant point aux parties qui ont fait, en connaissance de cause, des stipulations contraires à la morale et à l'ordre public, d'alléguer leur turpitude devant les tribunaux, la justice ne peut être saisie des débats qui dérivent de l'exécution ou de la résolution des stipulations de ce genre; que si des sommes ont été payées, elles deviennent la propriété du possesseur, quelque honteux que soit un pareil lucre»; Trib. Comm. Seine, 27 juin 1896, in Sirey 1896, 2, 286-287: «des manifestations, achétées d'avance par des entrepreneurs de succès, entravent ou détruisent la liberté d'examen du public payant, qu'elles peuvent troubler la sécurité des théâtres, et sont, par suite, aussi contraires à l'ordre public qu'aux bonnes mœurs; que le contrat dont s'agit est donc nul comme illicite, et ne saurait servir de fondement à aucune action en répétition des sommes payées par Bergère en exécution de son engagement, celui-ci ne pouvant être admis à exciper de sa propre turpitude en justice; que la demande de ce dernier n'est donc pas recevable et doit être rejetée».

¹⁵ Contratti di pagamento di supplemento di prezzo per un incarico pubblico: Grenoble, 16 décembre 1837, in *Journ. Pal.* 1841, 340; Paris, 31 janvier 1840, in *Sirey* 1840, 2, 81; Cass. Req., 23 août 1842, in *Sirey* 1843, I, 123; Metz, 14 février 1843, in *Sirey* 1843, 2, 449; Toulouse, 22 février 1840, in *Sirey* 1840, 2, 126; Trib. Seine, 6 juillet 1844, in *Dalloz* 1845, 4, 373.

¹⁶ Colmar, 28 janvier 1869, in *Dalloz* 1874, V, 1814: «*Les stipulations ayant pour cause un crime ou un délit ne sauraient jamais produire un lien civil à l'appui d'une action juridique. (...) le complice n'a pas d'action contre le contrefacteur pour repe-ter le montant du payment partiel à lui fait*».

¹⁷ Contratti di ufficio posto in società: Paris, 4 février 1854, in *Sirey* 1854, 2, 148.

¹⁸ Contratti di speculazione in borsa: Paris, 16 juillet 1851, in *Dalloz* 1852, II, 95.

¹⁹ Contratti di pagamento di cure ad una persona che esercita illegalmente la professione medica: Besançon, 19 janvier 1872, in *Dalloz* 1872, 2, 136; Cass. 4 décembre 1929, in *Sirey* 1931, I, 49.

²⁰ Contratto che contemplava il pagamento di un assegno per escludere altri da un'asta: Trib. Limoges, 27 février 1844, contra Limoges, 16 avril 1845, in *Dalloz* 1846, II, 192; contratti di mandato per vendita di azioni (ancora in stato di promessa): Paris, 5 décembre 1849, in *Dalloz* 1852, II, 94.

successori alla approvazione del re. Spesso accadeva che chi aveva acquistato una carica pubblica tramite contratti di questo tipo ne invocasse la nullità per ottenere la ripetizione delle somme versate al di sopra del prezzo ufficiale. In un primo momento i tribunali si opposero a tali domande ricorrendo all'adagio *nemo auditur*: la Corte reale di Grenoble, ad esempio, negò la ripetizione affermando che, avendo l'acquirente concorso alla colpa del venditore, non poteva invocarne la nullità e farne un'arma contro il suo venditore²¹.

Dal 1844, però, proprio pronunciandosi su tali contratti, la Corte di Cassazione iniziò a distinguere tra illiceità per contrarietà alla legge o all'ordine pubblico ed illiceità per contrarietà al buon costume, riservando solo a quest'ultima ipotesi l'applicazione della massima²². Le convenzioni in questione furono ritenute illecite in quanto in aperta violazione del l'interesse pubblico e dunque ex art. 1131 c.c. nulle; la Corte, applicando gli articoli 1235 e 1376 c.c., stabilì la ripetizione del sovrapprezzo pagato per l'acquisto di una carica pubblica²³. Da allora, la giurisprudenza in materia di sovrapprezzo pagato per l'acquisto di «*offices ministeriels*» mantenne tale orientamento²⁴. E i tribunali estesero anche ad altre ipotesi contrattuali l'applicazione del criterio fondato sulla distinzione fra semplice illiceità e immoralità²⁵.

Il percorso evolutivo della giurisprudenza francese sul principio *in pari causa* è ben esemplificato dal contrasto tra la *Chambre civil* e la *Chambre des requêtes* (allora ancora esistente) della Corte di Cassazione francese. La prima riteneva che la causa meramente illecita non

²¹ Grenoble, 16 Décembre 1837, in *Journ.Pal.* 1841, 340: «*Attendu que si indépendamment du prix porté dans les conventions destinées à être mises sous les yeux de l'autorité, Brun a consenti un billet à ordre de 1,800 fr payable dans un terme peu éloigné, il ne peut se prévaloir de cette occultation pour faire retrancher celle somme du prix convenu alors qu' il avoue que cette somme devait être payée en sus, et que, lors du paiement qu il en a fait, il n' a point élevé la prétention qu' il élève aujourd'hui. Que, s il y a fraude il y a concours, et ne peut l'alléguer aujourd'hui et s'en faire une arme contre son vendeur Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*».

²² Si veda per la dottrina: CAPITANT, *De la cause des obligations*, op. cit., n. 118, CARDAHI, op. cit., 388; DEMOGUE, op. cit., n. 878; FARJAT, op. cit., n. 424.

²³ Cass. Civ., 30 juillet 1844, in *Dalloz* 1844, 289 e ss; Cass. Req., 13 août 1844, in *Dalloz* 1844, 1, 293 e ss.

²⁴ Cfr. Cass., 11 août 1845, in *Sirey* 1845, 1, 643; Req. 5 nov. 1856, in *Sirey* 1856, 1, 916; Civ. 28 mai 1856, in *Sirey* 1856, 1, 587; Civ. 11 février 1884, in *Sirey* 1844, 1, 265; Civ. 13 juillet 1885, in *Sirey* 1886, 1, 263; Civ. 25 janvier 1887, in *Sirey* 1887, 1, 244; Req. 11 décembre 1888, in *Dalloz* 1890, 1, 342.

²⁵ Cfr. in caso di azione per la restituzione della somma come pagamento (reputato indebito dall'attore) della tassa prevista *ex lege* per esercitare l'attività di macello: Cass. Req., 19 mars 1907, in *Dalloz* 1907, I, 269; o in caso di pagamento di una somma per ottenere un favore presso un ufficio amministrativo: Cass. Req., 2 avril 1872, in *Dalloz* 1873, I, 65; in dottrina cfr. DEMOGUE, op. cit., 809.

costituisse ostacolo all'esercizio dell'azione di ripetizione delle prestazioni eseguite; mentre la seconda applicava l'adagio, negando la ripetizione sia che si trattasse di un contratto immorale sia che si trattasse di un contratto illecito²⁶. Tuttavia, nel tempo anche la *Chambre des requêtes* abbandonò il sistema tradizionale, e via via «*les cas dans lesquels les juges continuent à écarter les demandes en restitution se restreignent de plus en plus*»²⁷, mentre aumentavano i casi in cui si concedeva la ripetizione. La *Chambre des requêtes* negò infatti la ripetizione per l'ultima volta nel 1913²⁸.

La giurisprudenza più recente afferma chiaramente che la ripetizione è ammessa in tutti i casi di convenzione illecita in quanto semplicemente contraria alla legge e all'ordine pubblico. In questo senso, secondo il tribunale di Aix «*si la jurisprudence refuse toute action à celui qui invoque une convention nulle comme immorale ou contraire aux bonnes moeurs, il n'en est pas de même lorsque la convention est seulement prohibée par la loi et contraire à l'ordre public, ... sans être contraire aux bonnes moeurs ou à la morale*»²⁹.

L'azione di ripetizione ha continuato ad essere negata in presenza di contratti immorali: così ad esempio per i contratti di gestione, di vendita, di affitto, di cessione e di sfruttamento di case di tolleranza³⁰, per i contratti o accordi volti a favorire le relazioni instauratesi fuori dal matrimonio³¹, per i contratti inerenti le case di gioco³².

²⁶ Si vedano: Civ., 11 février 1884, in *Dalloz P.* 1885,1, 99; 25 janvier 1887, in *Dalloz P.* 1887, 1, 465; 14 mai 1888, in *Dalloz P.* 1888, 1, 487; 5 décembre 1911, in *Sirey* 1913, 1, 497.

²⁷ CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, Dalloz, 1927, §215, 250. Nello stesso senso cfr. anche: RIPERT, *op. cit.*, n. 107; SAIGET, *op. cit.*, 342; LE TOURNEAU, *op. cit.*, 138.

²⁸ Ch. Req., 6 janvier 1913, in *Dalloz* 1914, 1, 13.

²⁹ Cour Aix, 28 mars 1945, in *Gaz. Pal.* 1945, 2, 12.

³⁰ Cfr. fra le molte: Cass. Civ., 15 décembre 1873, in *Sirey* 1874, 1, 241; Cass. Req., 1er avril 1895, in *Dalloz* 1895, 1, 263; Cass. Req., 17 juillet 1905, in *Sirey* 1909, 1, 188; Trib. civ. Bouches du Rhône, 23 mai 1928, in *Dalloz* 1928 *Rec. Hebd.*, 410; Trib. civ. Seine, 14 décembre 1937, in *Gaz. Pal.* 1938, 1, 399; Cass. Civ., 15 novembre 1938, in *Gaz. Pal.* 1939, 1, 194; Req., 1er octobre 1940, in *Gaz. Pal.* 1940, 2, 146.

³¹ Paris, 1^{er} août 1903, in *Dalloz* 1904, 2, 345; Req. 17 avril 1923, in *Dalloz* 1923, 1, 172. Cfr. anche la più recente Cass. Civ., 25 janvier 1972, in *Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile*, 1, 25, 22 e ss.: «*Lorsqu'un acte a une cause contraire aux bonnes moeurs, les parties qui y ont concouru sont irrecevables a fonder sur cette cause une action en justice, soit pour poursuivre l'exécution des conventions, soit pour obtenir des restitutions*».

³² Pau, 31 janvier 1889, in *Sirey* 1889,2, 52; Paris, 9 avril 1897, in *Dalloz* 1899, 2, 244; Paris 5 juin 1901, in *Sirey* 1902, 2, 275; Pau, 28 juin 1906, in *Sirey* 1907, 2, 61; Aix, 4 mai 1908, in *Sirey* 1908, 2, 291.

A partire dalla seconda metà del Novecento è evidente un progressivo aumento delle concessioni di azioni in ripetizione: a qualunque osservatore appare chiaro che «*French courts today accept the general rule of recovery and apply the maxim in pari causa only in a very limited number of cases*»³³.

In questi anni il principio scompare quasi del tutto. Di fronte alle incertezze della giurisprudenza, è significativo che la Commissione incaricata di riformare il Codice civile francese abbia espresso l'intenzione di escludere espressamente il principio stesso, anche con riferimento ai contratti immorali³⁴.

La dottrina, invece, è rimasta a lungo divisa.

Basandosi sulla lettera degli articoli 1235 e 1376 c.c. (che stabiliscono la restituzione di ciò che si è indebitamente ricevuto senza alcuna eccezione), una parte della dottrina ritiene che la regola *nemo auditur* sia stata tacitamente abrogata dal codice³⁵. Nello stesso senso viene richiamato l'art. 1131 c.c., secondo il quale un'obbligazione illegale o immorale non produce alcun effetto: la giurisprudenza, perciò, non deve ammettere che permanga alcun effetto del contratto e di conseguenza deve rimettere le parti nella situazione in cui erano prima della sua conclusione.

Molti altri autori usano toni più sfumati: la regola dell'irripetibilità non è negata del tutto, ma neppure elevata a principio generale; sembra ammettersi che si tratta di materia in cui esiste un margine

³³ SABBATH, «*Denial of restitution in Unlawful Transactions*», in *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 8, n.3, July, 1959, 493.

³⁴ Cfr. *Travaux de la Commission de Réforme du Code civil*, (1946-47), *op. cit.*, 214. La Commissione francese incaricata di vagliare gli emendamenti al Codice civile propose di accordare la ripetizione anche nel caso del contratto immorale. Le ragioni di questa proposta sono contenute nei Rapporti dei Lavori di codificazione: si sottolineava, in particolare, la impossibilità di fissare quali transazioni sono così immorali da escludere la ripetizione e la «immoralità» dello stesso principio che impedisce la ripetizione, perché, lasciando il denaro nelle mani del «defendant» si aggrava una nuova immoralità alla prima.

³⁵ Cfr. LAURENT, *Droit civil, les obligations*, vol. 6, 1878, 220-221, § 164. L'autore, in particolare, si è scagliato con forza contro la regola desunta dall'adagio romano; la distinzione proveniente dal brocardo non poteva essere ammessa nel diritto civile francese in quanto essa era respinta dai testi di legge; le motivazioni dei giudici – prosegue – non possono essere rette dal Digesto, ma dal Codice Napoleone. L'autore critica ferocemente la sentenza della Corte di cassazione (chambre civile, 15 décembre 1873, in *Dalloz* 1874, 1, 222) che nega la ripetizione delle somme versate per l'acquisto di una casa di tolleranza. Secondo l'autore «*la vraie turpitude*» consisteva nell'impedire la restituzione. Per prevenire questo scandalo non c'è che un modo: quello di concedere l'azione di ripetizione in ogni caso. In questo senso cfr. anche: DEMOLOMBE, *Contrats*, T. I, n. 382; HUC, *op. cit.*, T. VIII, n. 392, BAUDRY LACANTNERIE e BARDE, *Obligations*, T. I, n. 316.

di discrezionalità da parte dei giudici. Così, secondo CAPITANT: «*en principe, quand un contrat est annulé, chacun des contractants peut demander la restitution de ce qu'il a livré. Cependant il y a des cas où cette restitution est refusée par application de l'adage qu'on exprime sous cette forme: in pari causa turpitudinis cessat repetitio*»³⁶. Nello stesso senso, RIPERT: «*dans certains cas, celui qui a commis l'acte immoral voit sa demande écartée par application de la règle Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*»³⁷.

Non mancano, però, voci più nette a difesa del principio. Una parte – minoritaria – della dottrina francese sostiene la regola dell'irripetibilità partendo dal presupposto che il giudice «deve rimanere estraneo al mondo della immoralità»³⁸, «deve conservare pulite le mani» e «chiudere la porta del suo pretorio agli attori che pretendono di sfoggiarvi la loro turpitudine»³⁹.

Anche la linea lungo la quale tracciare la distinzione non è pacifica. Ad esempio c'è chi riserva l'applicazione dell'adagio all'interno delle convenzioni immorali unicamente alle convenzioni «molto immorali» o a quelle in materia sessuale⁴⁰.

Alla luce della evoluzione della nozione dei buoni costumi nell'ordinamento francese che si è descritta nel I capitolo (parte II), è facile constatare che la crisi del *nemo auditur* è legata anche al riconoscimento del carattere «artificiale» della distinzione tra «illegale» e «immorale»⁴¹ e alla difficoltà sempre maggiore nell'individuare gli elementi che distinguono le convenzioni immorali da quelle illegali.

Oggi, la regola *Nemo auditur* «*ne peut plus être invoquée en cas de convention seulement illicite*»⁴² dalle Corti francesi; resta ancora applicabile per le convenzioni immorali⁴³; ma tale criterio diventa difficilmente applicabile di fronte alla constatazione che «*les bonnes*

³⁶ CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, Dalloz, 1927, 247, §114.

³⁷ RIPERT, *Traité élémentaire de Droit civil de Planiol*, T. II, Paris, LGDJ, 1952, § 315.

³⁸ SAVATIER, in *R. Dalloz*, 1946, *Jurispr.*, 149.

³⁹ FOYER, *L'action civile devant la juridiction répressive*, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Paris, 1956, 333.

⁴⁰ MALAURIE, *op. cit.*, n. 330. Ad ogni modo, tale criterio non corrisponde alla realtà dei fatti. Basti pensare che in materia di proscrittivo matrimoniale, la giurisprudenza ha ammesso la ripetizione delle somme pagate. Cfr. Besançon, 6 mars 1895, in *Dalloz* 1895, 2, 223.

⁴¹ RAYNAL, *Étude sur les conventions immorales*, Paris, Rousseau, 1900, 449.

⁴² AUBERT, *La répétition des prestations illicites ou immorales en droit français, en droit suisse et dans la jurisprudence belge*, Lausanne, Nouvelle Bibliothèque de droit et de jurisprudence, 1954, 97.

⁴³ Cass. civ., 25 janvier 1972, contra Cass. 13 décembre 1989, in *Bulletin* 1989, I, n. 387, 260.

*moeurs ne peuvent être dissociées de l'ordre public: qu'il s'agit là d'une notion unique, unitaire, mais polymorphe*⁴⁴.

3. Gli incerti confini della regola dell'irripetibilità nel diritto italiano

Il legislatore del 1865, seguendo l'esempio del Code Napoléon, non codificò in alcun modo la regola *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Malgrado il silenzio della legge, anche in Italia, come in Francia, la regola risultava essere pacificamente applicata dalle corti come *ius receptum*, come «legge eminentemente morale, che il nostro Codice civile non ha, è vero, sancita espressamente, ma alla quale nemmeno è possibile sia stata da esso arrecata offesa»⁴⁵.

La giurisprudenza dell'epoca non solo considerava applicabile come principio generale dell'ordinamento l'adagio *nemo auditur* in tutti i casi di contratti immorali⁴⁶, ma applicava indistintamente la regola ai contratti meramente illeciti e a quelli immorali⁴⁷.

⁴⁴ LE TOURNEAU, *op. cit.*, 148.

⁴⁵ Cfr. Cass. del Regno, 20 dicembre 1926, in *Foro it.*, 1927, I, col. 394, 395.

⁴⁶ Si pensi ai contratti di concubinaggio: Cass. del Regno, 9 aprile 1931, n. 1241 ined., in *Foro it. Rep.*, 1931, 1060: «Un contratto di concubinaggio, specialmente se costituisce anche adulterio è illecito ed è quindi viziato di nullità, né è ripetibile quanto si sia corrisposto in dipendenza di esso, anche sotto forma di emissioni di cambiali»; Cass. Napoli, 24 maggio 1897, in *Giur. it.*, I, 569 (con nota critica di L. Coviello): «La turpitudine ostacola nel modo stesso l'avere ed il riavere, ed il promittente nel doverla confessare si colloca nella posizione medesima dell'accettante, ed è in pari modo respinto dalla giustizia».

⁴⁷ Confronta Cass. del Regno, 28 febbraio 1931, in *Foro it. Rep.*, 1931, 1060 secondo cui, in forza della «oggettiva illiceità» di un contratto di cessione di rivendita di generi di privativa e dell'esercizio di una bottiglieria, di un negozio di coloniali e di un cinema, «non è consentita alcuna azione né alcuna *soluti conditio*»; cfr. anche: App. Bari, 3 aprile 1924, in *Foro it.*, 1924, I, 881, in materia di cambio di divisa estera: «la Corte ritiene la irripetibilità del dato, riconoscendo in ordine al contratto immorale sempre vigente il principio: *Nulla actio, nulla soluti conditio*». Molto interessante, in materia di contratto con un avvocato per conseguire il divorzio all'estero, è la sentenza emanata dalla Corte d'appello di Milano; App. Milano, 23 agosto 1904, in *Giur. it.*, 1904, II, 281: «È nullo ed improduttivo di effetti giuridici, perché fondato su causa illecita, il contratto in frode alla legge, mediante il quale un avvocato si assume l'incarico, dietro determinato compenso, di far ottenere il divorzio all'estero ad una cittadina italiana maritata con un italiano». In questa decisione il giudice ravvisa nel contratto in oggetto, avente quale causa unica quella di frodare la legge una «illiceità intrinseca generale, ed una illiceità relativa e particolare» (...). Conseguentemente, per motivi di ordine generale, vevoli per tutte le legislazioni, le quali non possono ammettere di essere in ludibrio dei cittadini, (...), l'attore non ha azione in giudizio per ripetere il credito procuratosi col prestarsi a fraudolente macchinazioni; (...) e non l'ha inoltre per motivi di ordine particolare di quella legge

Guardando ai casi concreti, la Corte di Cassazione del Regno applicò la regola della irripetibilità in un caso di convenzione che prevedeva un sindacato di blocco della maggioranza delle azioni di una società anonima, facendo discendere dalla illiceità del sindacato azionario, e quindi dalla sua nullità, la irripetibilità di quanto pagato da alcuno dei contraenti in esecuzione della vendita oggetto della convenzione⁴⁸. Così fece anche in un caso di nullità per causa illecita di un pagamento di alcune somme versate per finalità speculative, in violazione del divieto posto dal regio decreto 10 giugno 1926, ritenendo «incontestabile la irripetibilità del *solutum ob turpem causam*», e desumendo la irripetibilità «dalla norma sancita nell'articolo 1804 cod.civ., oltre che dai principi tradizionali del diritto romano che fanno parte anche del sistema nostro»⁴⁹. L'applicazione del principio veniva estesa anche ai contratti su divisa estera⁵⁰ e ai contratti di acquisto di generi a prezzi superiori a quelli stabiliti dal calmiere⁵¹: contratti cioè in violazione di legge e che si ponevano in contrasto con l'ordine pubblico.

È interessante soffermarsi sulle motivazioni che le corti portavano a sostegno della applicazione dell'adagio *nemo auditur* sia per i contratti immorali che per quelli semplicemente illeciti. Alcune motivazioni svelano i passaggi interpretativi che portavano i giudici dell'epoca ad equiparare la causa turpe alla causa illecita o alla causa illegale, disciplinando di conseguenza in modo identico le restituzioni da contratto illecito e quelle da contratto immorale⁵².

A volte la «irripetibilità» era giustificata dall'esistenza, a fianco della turpitudine tradizionalmente intesa, di una cosiddetta «turpitudine civile» all'interno della illiceità⁵³, pur sempre contraria alla coscienza etica; altre volte l'azione di ripetizione era negata poiché «concedere tutela a chi opera in modo fraudolento sarebbe un colmo sotto

(...), la quale non può certamente prestarlo a colui il quale la offese apertamente sapendo di offenderla».

⁴⁸ Cass. del Regno, 1 maggio 1934, in *Foro it.*, 1934, I, 1862.

⁴⁹ Cass. del Regno, 28 giugno 1937, n. 2189, in *Foro it.*, 1937, I, 968.

⁵⁰ Cfr. App. Bari, 3 aprile 1924, in *Foro it.*, 1924, I, 881 con ampia nota di LORDI: «le somme versate in tal caso dal privato alla Banca per l'acquisto della divisa sono irripetibili».

⁵¹ Cass. del Regno, 20 dicembre 1926, in *Foro. it. Rep.*, 1926, coll. 385: «non è ripetibile il pagamento eseguito per causa illecita».

⁵² MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, Giuffré, 1999, 97.

⁵³ Cfr. la già citata App. Bari, 3 aprile 1924, in *Foro it.*, 1924, I, col. 910: «(...) se la distinzione tra causa ingiusta e causa *turpis* esiste, ciò non toglie che esiste ancora una turpitudine civile (...). Ed è turpitudine civile, ripugnante alla coscienza etica dei cittadini, quella di chi per avida speculazione non si astenga da operazioni vietate perché cospiranti a recare nocumento grave all'economia nazionale».

l'aspetto morale e giuridico»⁵⁴; altre volte perché considerava l'obbligazione illecita «inquinata da causa turpe o, se si vuole, da causa equivalente alla turpe, perché contraria ad una disposizione d'ordine pubblico»⁵⁵. Più spesso, tuttavia, dichiaravano semplicemente che ai contratti illeciti si applicava la *soluti retentio*⁵⁶.

In generale, l'applicazione estensiva della regola dell'irripetibilità anche ai contratti illeciti per violazione di legge o per contrarietà all'ordine pubblico, era sorretta da una argomentazione «inconfutabile» per la giurisprudenza dell'epoca, e cioè che «il legislatore non può aver sancite regole contrarie alla morale e all'ordine pubblico, e consentire all'autore di azioni così altamente riprovevoli, (...), di trarre comunque frutto dalla loro turpitudine»⁵⁷.

A partire da queste considerazioni, quindi, i giudici, mossi dall'intento di negare la restituzione al *solvens* cosciente dell'illecito, affermavano indistintamente il principio generale della *soluti retentio* e, mancando una norma espressa, applicavano in caso di illiceità il canone *nemo auditur*, comprendendo nella causa *turpis* la causa *iniusta*⁵⁸, nella ferma convinzione che l'autorità giudiziaria non può prestarsi ad ascoltare chi pone la propria turpitudine a base e fondamento della propria azione giudiziaria.

Un analogo orientamento si ritrova anche nella dottrina dell'epoca.

Autorevoli giuristi⁵⁹, fra cui Giorgi e Ferrara, equiparavano «immoralità» e «illiceità». Per il primo «i fatti illeciti e i fatti turpi non debbono interessare la giustizia come fonte di diritti per chi gli commise, ma solo materia di punizione»⁶⁰; analogamente Ferrara riteneva la massima un «monumento di storia»: l'atto illecito «non può servire da fondamento per sperimentare un diritto, l'ordine giuridico non ha da soccorrere colui che per la sua propria azione illecita sof-

⁵⁴ App. Milano, 23 agosto 1904, in *Giur. it.*, 1904, II, 281.

⁵⁵ Cass. del Regno, 20 dicembre 1926, *Giur. it.*, 1926, 385.

⁵⁶ Cfr. Cass. del Regno, 28 febbraio 1931, in *Foro it. Rep.*, 1931, 1060.

⁵⁷ Cass. del Regno, 20 dicembre 1926, *Giur. it.*, 1926, 385. Nello stesso senso cfr. Cass. del Regno, 28 giugno 1937, n. 2189, in *Foro it.*, 1937, I, 968: «chi opera in conflitto con la legge circoscrive la azione, comunque la svolga, in un campo chiuso ad ogni possibilità di tutela; la legge si rifiuta di entrarvi».

⁵⁸ Per negare la restituzione i giudici facevano riferimento alla «obbligazione inquinata da causa turpe, perché contraria ad una disposizione d'ordine pubblico emessa a tutela di interessi ritenuti tali della maggioranza dei cittadini», cfr. la già citata Cass. del Regno, 20 dicembre 1926, in *Foro it. Rep.*, 1926, coll. 389-390.

⁵⁹ ALLARA, *Sul pagamento ob turpem causam*, Cortona, Stab. Tipogr. Commerciale, 1930, 148 e ss.; MOTTA, *La causa delle obbligazioni*, Torino, Fratelli Bocca, 1929, 257 ss.; COVIELLO N., *op. cit.*, 421.

⁶⁰ GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, V, Firenze, Cammelli, 1909, 210.

fre danno»⁶¹. Per la dottrina maggioritaria, la regola *nemo auditur* si doveva applicare non soltanto ai contratti immorali, ma anche a quelli soltanto illeciti⁶²; l'ordine giuridico si deve avvalere di ogni mezzo a sua disposizione per lottare contro l'immoralità e l'illiceità e per colpire «gli intenti riprovevoli»⁶³. In effetti, il diniego contenuto nel *nemo auditur* secondo il quale nessuno può far valere un'azione o esercitare un diritto sulla base d'un suo contegno disonesto trova la sua giustificazione nell'indegnità che «intacca» chi esegue la prestazione, per cui chi ha agito contro le leggi dell'onestà o chi ha offeso l'ordine giuridico non può invocare la protezione del giudice. Accordare la ripetizione significherebbe infine permettere che si sollevino scandali nei pubblici giudizi e che si «rialzi quel velo» che aveva coperto fatti turpi o illeciti già avvenuti e ormai per lo più dimenticati⁶⁴. La ripetizione è negata sia quando la turpitudine è imutabile al solo solvens, sia quando alla turpitudine abbiano partecipato entrambe le parti, secondo la massima tradizionale *in pari causa turpitudinis melior est conditio possidentis*⁶⁵. A proposito di tali massime la dottrina dichiarava che, sebbene «i principi che seguono non sono scritti nel Codice», essi si possono «senza altro ritenere impliciti nel nostro ordinamento, che li ha tradizionalmente assorbiti dal diritto romano»⁶⁶.

Va ad ogni modo segnalato che una parte minoritaria della giurisprudenza, riportando sostanzialmente le medesime argomentazioni della dottrina francese, esprimeva forti perplessità di fronte al richiamo dei giudici alla tradizione e ai principi romanistici come fondamento della applicazione della regola.

Il Tribunale di Napoli, ponendosi in una posizione opposta a quella assunta dalla giurisprudenza prevalente nei casi di contratto su divisa estera, dichiarò che «le operazioni di speculazione sui cambi fatte durante il regime di restrizione del commercio delle divise estere sono colpite da nullità assoluta, di ordine pubblico», e considerò ripetibili le somme pagate in seguito a tali operazioni speculative, «in quanto soddisfatte in esecuzione di una obbligazione illecita». L'argomentazione della sentenza proseguiva poi in questi termini: «il Collegio è dell'avviso che la *conditio ob turpem causam* non è ammessa nel

⁶¹ FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, SEI, 1914, 281.

⁶² RICCI, *op. cit.*, 57.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Vol. III, 6 ed. Messina, Principato, 1933, 281, nota 1.

⁶⁵ DE RUGGIERO, *op. cit.*, 280.

⁶⁶ DE RUGGIERO, *op. cit.*, 279, nota 1.

nostro diritto. (...) Ora, se il principio romano non è in vigore nell'attuale legislazione, non v'ha ragione pel giudice a non accogliere la ripetizione, appunto di fronte al silenzio della legge che non decide in alcun luogo la questione speciale del pagamento *ob turpem causam*⁶⁷. Tali posizioni, tuttavia, restarono isolate nel panorama dell'epoca.

Dunque, sebbene con qualche discorde accento, l'orientamento generale della giurisprudenza e della dottrina dei primi anni del Novecento si mostra favorevole alla applicazione dei due brocardi romani, e li considera implicitamente contenuti nei principii generali del nostro diritto⁶⁸, facendo leva «sul concetto fondamentale della taccia, che colpisce chi ha fatto la prestazione per una causa illecita e che lo rende indegno d'invocar l'esistenza del giudice e della legge»⁶⁹. Questa tendenza si mantiene costante per tutto il periodo di vigenza del Codice e, come vedremo, anche nel primo periodo di vigenza del Codice del 1942.

La tendenza giurisprudenziale assolutamente prevalente trovò accoglimento nel progetto di riforma del Codice civile, il quale codificò la tradizionale regola romana delle irripetibilità⁷⁰, limitando tut-

⁶⁷ In tema di operazioni di speculazione sui cambi, cfr. Trib. Napoli, 29 dicembre 1922, in *Foro it.*, 1922, I, 439: «avendo la legge esclusa la ripetizione per le obbligazioni naturali volontariamente eseguite, dovevasi ammettere il diritto di ripetere per tutte le altre ipotesi». Nello stesso senso cfr. anche, in tema di contratto di acquisto di divisa estera, Trib. Napoli, 2 marzo 1923, in *Foro it.*, 1923, I, 481: «sono ripetibili le somme pagate per questi contratti sui cambi ritenuti nulli e per ogni altro contratto avente causa turpe o illecita»; «il ragionamento zampilla limpido e rigorosamente logico dalla fonte della legge, per modo che sembrerebbe non dubitabile non solo che la stessa tradizione romana (...) debba ritenersi troncata dal nostro diritto positivo vigente, ma che la stessa ragione di questa tradizione, il nemo auditur propriam turpitudinem allegans, sia venuta a cessare». Si veda anche in tema di contratto simulato come corrispettivo per il rapporto di concubinato: Pretura di Chiaromonte, 4 agosto 1935, in *Il nuovo diritto*, 1937, 376: «il principio *in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*, invocato a sostegno della eccezione, è recisamente contrastato nel nostro diritto dal disposto dell'art. 1119 c.c. che, senza fare distinzione alcuna, nega «ogni effetto» al contratto fondato sopra una causa illecita (...) Nulla osta pertanto all'esercizio della azione proposta dall'attore».

⁶⁸ DE RUGGIERO, *op. cit.*, 281.

⁶⁹ DE RUGGIERO, *op. cit.*, 281, nota 1. L'autore fa riferimento a: FERRARA, *op. cit.*, 289; GIORGI, *Obblig.*, V, n. 135; PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, 215, 336; AUBRY e RAU, *op. cit.*, VI, § 442 bis n. 8.

⁷⁰ Cfr. *Atti della Commissione delle Assemblee legislative, chiamate a dare il proprio parere sul progetto del Codice civile, Libro delle obbligazioni*, Roma, Tipografia del Senato, 1940 - XVIII, art 27: «chi ha soddisfatto un'obbligazione contraria al buon costume, non può esercitare l'azione di ripetizione, salvo che egli sia stato immune dalla violazione del buon costume»; cfr. PANDOLFELLI, SCARPELLO, STELLA RICHTER, DALLARI, Segretari della Commissione Ministeriale per la riforma del Co-

tavia l'applicazione dell'adagio alla sola ipotesi del contratto immorale. Secondo l'art. 2035 del Codice civile vigente chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisce offesa al buon costume non può ripetere quanto ha pagato. Se è vero che l'illiceità comprende sia l'illegalità sia l'immoralità (art. 1343 c.c.; art. 1354 c.c.), è altrettanto vero che l'unica qualificazione della fattispecie che, sul presupposto della nullità conduce alla *soluti retentio*, è l'immoralità, secondo quanto previsto dall'art. 2035, in deroga al disposto del 2033 c.c.⁷¹.

Se parte della giurisprudenza ha rapidamente accolto la distinzione suggerita dal codice⁷², altre sentenze testimoniano una scarsa chiarezza sulla nostra questione, che portava talvolta i giudici a dichiarare «molto empiricamente»⁷³ che l'immoralità era ravvisabile in presenza di «un grado di illiceità particolarmente intenso che vale a fare qualificare il negozio come contrario al buon costume»⁷⁴, sovrappo- nendo così illiceità ed immoralità⁷⁵. E poteva succedere che i giudici negassero *tout court* la restituzione in caso di contratto illecito⁷⁶. Benché la *soluti retentio* fosse ormai contemplata espressamente dalla lettera del 2035 del nuovo Codice nel solo caso dell'immoralità, vi era una tendenza a riallargare il campo dell'applicazione della *soluti retentio* a quello della illiceità, muovendo dal progressivo allargamento del concetto di «scopo contrario al buon costume»⁷⁷. La giurisprudenza, in effetti, «stentava a liberarsi del principio (...) maturato sotto il vigore del Codice abrogato, in virtù del quale anche ai contratti illegali veniva applicata la "in pari delicto"»⁷⁸.

dice civile, *Codice civile, Libro delle Obligazioni illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione e transitorie*, Milano, Giuffrè, 1942, 668: «L'irripetibilità di quanto sia stato prestato in una situazione di turpitudine reciproca o anche imputabile soltanto al *solvens* (art. 874 del progetto – art. 2035), risponde alle finalità dell'ordinamento giuridico, che non può dare tutela a chi non ne è degno».

⁷¹ Cfr. MAFFEIS, *op. cit.*, 85.

⁷² Corte d'Appello Torino, 17 settembre 1943, in *Giur. it.*, 1944, I, 2, 80; Corte d'Appello Torino, 10 gennaio 1946, in *Foro Padano*, 1946, I, 224.

⁷³ MAFFEIS, *op. cit.*, 84.

⁷⁴ Cass., 29 aprile 1961, n. 985, in *Foro it.*, 1962, I, col. 767.

⁷⁵ Cass., 13 maggio 1987, n. 4394, in *Giur. comm.*, 1988, II, 698.

⁷⁶ Cfr. MAFFEIS, *op. cit.*, 85.

⁷⁷ Cfr. CARUSI, *op. cit.*, 14.

⁷⁸ RESCIGNO, «*In pari causa turpitudinis*», in *Riv. Dir. Civ.*, 1966, I, 19, nota 22. In giurisprudenza cfr. Cass., 23 febbraio 1942, in *Giur. it.*, 1942, I, 228: «costituisce ormai *ius receptum* che per i negozi illeciti, nei rapporti dei contraenti che abbiano partecipato all'illecito, non è consentita non solo alcuna azione, ma neppure alcuna *soluti conductio*, (...) chi ha eseguito una prestazione che anche da parte sua costituisce offesa al buon costume, non può ripetere quanto ha pagato»; «È questo un

Di fronte ad un tale atteggiamento delle Corti, vi fu una reazione dottrinarica energica e incisiva. Una sentenza della Cassazione sulla vendita di generi alimentari a prezzo superiore al calmiere, che aveva negato la ripetizione, fu annotata in senso critico da una autorevole dottrina, la quale sottolineò che «il legislatore ha codificato la massima *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* e, con una formula inequivocabile, ne impedisce l'applicazione ai negozi che non sono turpi pur essendo *contra legem*»⁷⁹. Su questa scia, la dottrina prese a ritenere «senza alcun senso» l'applicazione della *soluti retentio* ai contratti illeciti in presenza dell'art. 2035 c.c.⁸⁰.

La tendenza affiorata sotto l'impero del codice del 1865 ad estendere l'applicazione del principio *in pari causa turpitudinis* alle altre categorie di contratto illecito, si può dire ormai superata a partire dagli anni '50⁸¹. La giurisprudenza successiva limita la sfera di efficacia

principio generale che trova la sua ragione d'essere in una norma etico-giuridica saldamente radicata nella coscienza sociale, secondo cui *nemo auditur turpitudinem suam allegans*. L'ordinamento giuridico non può prestare il suo ausilio a chi l'invoca a tutela di un proprio atto illecito, né quando pretenda il corrispettivo di tale atto, né quando avendone egli elargito il corrispettivo, ne pretenda la restituzione, confessando di avere anch'egli partecipato all'atto stesso».

⁷⁹ BIGIAMI, «Ripetibilità del sovrapprezzo pagato al mercato nero», nota critica a Cass., 29 aprile 1946, in *Dir. e giur.*, 1946, I, 286.

⁸⁰ CARRESI, *op. cit.*, 37.

⁸¹ Tra le decisioni che accolgono la tesi restrittiva: Corte d'Appello Torino, 1 luglio 1947, in *Foro Padano*, 1947, 679: «La irripetibilità della prestazione, quando il rapporto obbligatorio sia nullo per illiceità della prestazione stessa, è limitata al solo caso in cui la illiceità dipenda dall'essere la prestazione contraria al buon costume», Trib. Milano, 2 maggio 1949, con nota di GRASSETTI, «Negozio collegato, negozio illegale e ripetibilità del pagamento», in *Temi*, 1951, 157: «Il nuovo Codice ha espressamente limitato il divieto di ripetizione ad una sola tra le ipotesi di nullità del contratto per illiceità della causa, e precisamente alla ipotesi prevista dall'art. 2035 c.c. di prestazione effettuata per uno scopo contrario al buon costume. Ciò posto che la causa turpe, cioè contraria al buon costume, sia anche illecita, è certo, ma ciò non vuol dire che altrettanto valida sia la proposizione inversa, vale a dire che necessariamente sia sempre turpe la causa illecita»; Cass., 23 gennaio 1953, n. 199, in *Giust. civ.*, 1953, 298: «la *soluti retentio* stabilita dall'art. 2035 c.c. si applica soltanto nel caso di contratto immorale *ob turpem causam*, e non si estende al contratto in frode alla legge, in cui il diritto di ripetere la prestazione dipende dall'art. 2033 stesso codice, e non subisce alcuna limitazione»; Trib. Bergamo, 30 aprile 1953, in *Giust. civ.*, 1954, 739: «la regola della irripetibilità del pagato, stabilita nell'art. 2035 c.c., che rappresenta una eccezione al principio della ripetibilità sopra menzionato, vada riferita al solo contratto immorale (contro il buon costume) e non anche al contratto illecito "*ob inustam causam*"»; Cass., 7 giugno 1956, in *Mass. Foro it.*, 1956, n. 1953: «La *soluti retentio* (...) si applica soltanto nel caso di contratto immorale *ob turpem causam* e non si estende ai contratti in frode alla legge, nella quale ipotesi il diritto di ripetere la prestazione deriva dall'art. 2033 cod. civ. e non subisce limitazioni». Nello stesso senso cfr. anche Cass. Sez. Un., 7 luglio 1981, n. 4414, in *Foro it.*, 1982,

dell'art. 2035 alla *condictio ob turpem causam*, premurandosi di ribadire che l'irripetibilità della prestazione eseguita è prevista per il solo negozio contrario ai buoni costumi (art. 2035 c.c.).

Nella seconda metà del 'Novecento, gli incerti confini della regola sembrano effettivamente stabilizzarsi; sia per la dottrina prevalente che per la giurisprudenza, l'illiceità conseguente alla immoralità dà luogo alla *soluti retentio*⁸², mentre quest'ultima non può applicarsi in caso di mera illiceità⁸³, ritenendosi ormai acquisito che la ripetizione è esclusa solo dall'immoralità.

Nelle parole della Corte di Cassazione nel 1953, «la *soluti retentio* prevista dall'art. 2035 c.c. si applica solo nel caso di contratto immorale *ob turpem causam*, e non si estende al contratto in frode alla legge (art. 1344 c.c.) in cui il diritto di ripetere la prestazione dipende dall'art. 2033 stesso Codice, e non subisce alcuna limitazione»⁸⁴. Così, ad esempio, la ripetizione è stata ammessa in caso di contratto nullo per violazione di norme valutarie quando la violazione stessa integri mera infrazione amministrativa e non reato⁸⁵.

D'altra parte, occorre notare che in caso di concorso tra immoralità ed altre forme di illiceità di un contratto, come ad esempio nel caso di violazione di norme imperative, la causa turpe non viene assorbita nella illiceità per contrarietà all'ordine pubblico o nella illiceità per illegalità. Sembra pacifico in giurisprudenza che «l'accertamento che un contratto sia contrario a norme imperative, e quindi

I, 1679; Cass., 18 ottobre 1982, n. 5408, in *Foro it.*, 1983, I, col. 691; Cass., 18 giugno 1987, n. 5371, in *Giust. civ.*, 1988, I, 202: «sono irripetibili i soli esborsi fatti per uno scopo contrario al buon costume ma non pure le prestazioni fatte in esecuzione di un negozio illegale per contrarietà a norme imperative». Nella giurisprudenza più recente cfr.: Cass., 18 novembre 1995, n. 11973, in *Giust. civ.*, 1995, 639: «il pagamento effettuato in base a contratto nullo per contrarietà a norme imperative configura un'ipotesi di indebito oggettivo cui consegue per il disposto dell'art. 2033 c.c. (diversamente dalla nullità per contrarietà al buon costume) la ripetéibilità di quanto sia stato pagato»; Cass. 2 settembre 1998, n. 8722, in *Contratti*, 1999, 29: «Il contratto stipulato dal privato con la pubblica amministrazione, ma nullo per difetto di forma scritta, non può essere considerato contrario al buon costume ai sensi dell'art. 2035 c.c. Ne consegue che il privato, il quale abbia effettivamente eseguito la propria prestazione, può utilmente agire nei confronti della pubblica amministrazione con l'azione di indebito arricchimento»; Cass., 18 novembre 1995, n. 11973, in *Giust. civ.*, 1995, 639: «il pagamento effettuato in base a contratto nullo per contrarietà a norme imperative configura un'ipotesi di indebito oggettivo cui consegue per il disposto dell'art. 2033 c.c. (diversamente dalla nullità per contrarietà al buon costume) la ripetéibilità di quanto sia stato pagato».

⁸² TRABUCCHI, *Buon costume*, op. cit., 701.

⁸³ STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1947, 101.

⁸⁴ Così, Cass., 23 gennaio 1953, n. 199, in *Giust. civ.*, 1953, 298.

⁸⁵ Cass., 23 marzo 1985, n. 2081, in *Riv. not.*, 1985, 1276.

nullo per tale ragione (art. 1343 c.c.), non impedisce una autonoma valutazione dell'atto dal punto di vista della sua (eventuale) immoralità, al fine di negare l'azione di ripetizione (art. 2035 c.c.). La sovrapposizione delle qualifiche giuridiche non implica assorbimento e l'atto rimane nella categoria degli atti contrari al buon costume, anche se può contemporaneamente essere considerato contrario all'ordine pubblico o alla legge. In altri termini, la contrarietà al buon costume è un *quid pluris* che si può aggiungere alla contrarietà alla legge (ed alla conseguente nullità) e non è affatto con essa incompatibile, ma incide sugli effetti che dalla nullità conseguono, neutralizzando la facoltà di ripetizione»⁸⁶.

L'atteggiamento generale della giurisprudenza più recente, salvo rare discontinuità, è peraltro segnato da una ulteriore e progressiva limitazione dei casi di applicazione della regola prevista dal 2035. Il principio in esso stabilito sembra infatti in crisi. Tra i fattori determinanti di questa crisi occorre segnalare la tendenza a considerare ordine pubblico e buon costume come due entità che, sul piano dei contenuti, quasi si identificano. Si nega così l'autonoma rilevanza, sotto il profilo della illiceità dell'atto, del concetto di buon costume, ed il panorama della illiceità si esaurisce nel solo negozio illegale⁸⁷. Proprio la constatazione di una crescente riduzione dell'area dei contratti contrari ai buoni costumi, dovuta all'espansione della nozione concorrente di ordine pubblico, aumenta la confusione e l'incertezza sulla regola *in pari causa*, e provoca una inevitabile riduzione dei casi di applicazione.

In dottrina si è d'altra parte da tempo segnalata la tendenza della

⁸⁶ Cass. civ., 7 luglio 1981, n. 4414, in *Giur. it.*, 1981, I, 1679; confronta anche la recentissima Cass. civ., III, 21 aprile 2010, n. 9441 con nota di CARUSI, «Mandato illecito, «traffico di influenza», divieto di ripetizione», in *Giur. it.*, 2010, 2028-2030, in merito alla richiesta di restituzione di una somma di denaro versata (come da accordi) al fine di ottenere una agevolazione nell'assegnazione di una casa popolare, la Suprema corte ha negato l'azione di ripetizione motivando la sua decisione in questi termini: «consentire al solvens di invocare, per ottenere la restituzione dell'importo pagato, le finalità truffaldine o corruttive della sua azione, significherebbe perciò stesso, affermare che quelle finalità, benché contrarie a norme imperative, sono tuttavia esenti da turpitudine. Ma tali conclusioni sono in contrasto con i valori obiettivati nell'ordinamento, valori che postulano che la nozione di buon costume non individui solo le prestazioni contrarie alle regole della morale sessuale o della decenza, ma comprenda anche quelle contrastanti con i principi e le esigenze etiche costituenti la morale sociale in un determinato ambiente e in un certo momento storico. Ne deriva che correttamente il giudice di merito ha ritenuto applicabile alla fattispecie la regola per cui *nemo auditur suam turpitudinem allegans*, e che dunque in casi siffatti *melior est condicio possidentis*».

⁸⁷ DELLE MONACHE, *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria*, Padova, Cedam, 1997, 177.

giurisprudenza a rifiutare la regola *in pari causa* per il negozio illegale, «quale che sia il giudizio morale che nel caso specifico si accompagna alla contrarietà alla legge»⁸⁸.

La norma che di fatto opera è, dunque, «una «versione» assai ridotta dell'art. 2035, una versione nella quale si stenta a riconoscere la formula legislativa»⁸⁹; se infatti non si può parlare di cancellazione dell'adagio, si può, però, parlare di «un'erosione, lenta e penetrante» della regola *ex art.* 2035, che «ne riduce l'ambito della validità»⁹⁰.

La crisi del *nemo auditur*, evidente sul piano della applicazione, emerge innanzitutto su quello del suo fondamento. La *ratio* che giustificava l'art. 2035 in termini di «tutela della dignità delle corti», della «rispettabilità dei giudici, del decoro della loro funzione», pare ormai del tutto inattendibile poiché censura il dato che vi sono molteplici materie non meno scabrose e ripugnanti in cui il giudice normalmente è costretto a entrare⁹¹. Allo stesso modo, appare debole anche la spiegazione della regola in termini di analisi economica del diritto, per cui l'art. 2035 c.c. opererebbe come limite psicologico all'esecuzione di negozi immorali, realizzando una funzione dissuasiva e preventiva che disincentiverebbe le parti a concludere contratti turpi⁹². L'interprete è se mai indotto a dubitare proprio della «moralità» della soluzione posta dall'articolo 2035, poiché quest'ultima «finisce (...) col cristallizzare la situazione creata dal contratto immorale, favorendo uno dei contraenti a danno dell'altro, e a danno di colui che almeno ha rispettato l'impegno e ha eseguito»⁹³. In un'ottica di com-

⁸⁸ RESCIGNO, *op. cit.*, 51. In giurisprudenza, si veda, per tutte, la già citata Cass. 18 novembre 1995, n. 11973, in *Giust. civ.*, 1995, 639.

⁸⁹ RESCIGNO, *op. cit.*, 57. Sulla *ratio* del 2035, Giovan Battista Ferri, osserva che essa «non è tanto quella di rendere vincolante e quindi giuridicamente «tutelata» (nella sola ipotesi in cui la prestazione sia stata eseguita) una obbligazione nascente da causa immorale, ma è quella di colpire chi anche da parte sua ha partecipato all'offesa al buon costume; oppure è quella per cui si ritiene più convincente non discutere oltre su un atto immorale quando esso si è già completamente esaurito». L'autore fa notare che quando si esegue la prestazione prevista dal contratto immorale, la situazione che ne scaturisce è – paradossalmente – la stessa del caso di prestazioni compiute in adempimento di doveri morali o sociali, *ex art.* 2034 c.c. e non manca di sottolineare, provocatoriamente, che, per lo meno a questo livello, le conseguenze dell'immoralità sono, per l'ordinamento giuridico, analoghe alle conseguenze che derivano da una «chiara moralità», cfr. FERRI, *op. cit.*, 155.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Cfr. RESCIGNO, *op. cit.*, 54.

⁹² ANNUNZIATA, nota a Cass., 21 aprile 2010, n. 9441, in *Giust. civ.*, 2011, I, 192.

⁹³ RESCIGNO, *op. cit.*, 54. Critico rispetto alla *ratio* del 2035 è anche FERRI, *op. cit.*, 155, il quale dopo aver affermato che la *ratio* del 2035 «non è tanto quella di rendere vincolante e quindi giuridicamente «tutelata» (nella sola ipotesi in cui la prestazione sia stata eseguita) una obbligazione nascente da causa immorale, ma è quella

parazione dei rispettivi gradi di indegnità, se mai, la parte sfavorita dovrebbe essere l'*accipiens*, che somma all'immoralità dell'atto l'immoralità di non adempiere all'obbligo assunto⁹⁴. Al contrario, vi sono profonde ragioni morali alla base della regola *pacta sunt servanda*: l'*accipiens* «favorito» dal 2035 viola, senza dubbio, anche questa regola morale⁹⁵.

In questo senso, un temperamento alla pretesa dell'*accipiens* di trattenere quanto versato dal *solvens* in esecuzione del contratto immorale potrebbe realizzarsi attraverso una valutazione da parte dei giudici della suddetta pretesa alla luce del divieto dell'«abuso del diritto»: «se quella pretesa, sebbene avallata dall'art. 2035 c.c., realizza però un abuso, deve essere disattesa. Accoglierla significherebbe permettere la prevaricazione, ossia offendere l'essenza stessa dell'ordine pubblico e del buon costume»⁹⁶.

Da quanto finora esposto, si comprende che le applicazioni giurisprudenziali del principio tradiscono una profonda incertezza (mai completamente superata) sulle ragioni fondative dell'istituto⁹⁷. Come giustamente osservato da una dottrina, ricondurre la norma dell'articolo 2035 ad una spiegazione «a senso unico», in termini moralistici oppure in ragione della ipotetica funzione dissuasiva o preventiva della regola, sarebbe in ogni caso insoddisfacente come spiegazione totalizzante⁹⁸. Si è quindi suggerito di abbandonare la «contrapposizione rigida fra scelte simboliche e di valore e i calcoli di efficiente razionalità economica»⁹⁹, e d'altra parte si è constatato che i parametri di giudizio non paiono più essere forniti dal «gioco strumentale dell'immoralità e dell'illegalità»¹⁰⁰; tali parametri sono, piuttosto,

di colpire chi anche da parte sua ha partecipato all'offesa al buon costume; oppure è quella per cui si ritiene più convincente non discutere oltre su un atto immorale quando esso si è già completamente esaurito», fa notare che quando si esegue la prestazione prevista dal contratto immorale, la situazione che ne scaturisce è – paradossalmente – la stessa del caso di prestazioni compiute in adempimento di doveri morali o sociali, ex art. 2034 c.c. e non manca di sottolineare, provocatoriamente, che, per lo meno a questo livello, le conseguenze dell'immoralità sono, per l'ordinamento giuridico, analoghe alle conseguenze che derivano da una «chiara moralità».

⁹⁴ In questo senso anche PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, Jovene, 1973, 291.

⁹⁵ Cfr. FERRI, *op. cit.*, 155.

⁹⁶ MAFFEIS, *op. cit.*, 39 e ss.

⁹⁷ Cfr. PASSAGNOLI, *op. cit.*, 652.

⁹⁸ Cfr. BRECCIA, *Il Contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato, diretto da Bessone*, Giappichelli, Torino, 1999, 325.

⁹⁹ BRECCIA, *op. cit.*, 329.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

da rintracciare «nella composizione del conflitto di interessi»¹⁰¹. Sarebbe quindi utile optare per «un temperamento fra criteri di giudizio concorrenti»¹⁰² da parte dell'interprete, il quale, liberato da criteri di giudizio artefatti, ritroverebbe la propria dimensione di mediatore di interessi in conflitto nella fattispecie concreta, operazione inevitabile allorquando il diritto proceda attraverso l'uso delle clausole generali¹⁰³.

4. *La regola della irripetibilità e gli effetti dell'eliminazione della clausola del buon costume nell'ordinamento del Québec*

Nel Québec pre riforma la giurisprudenza si muoveva in sostanziale conformità all'atteggiamento dei giudici francesi. Anche in Québec, nel vigore del vecchio Codice, l'immoralità, come ogni altra ipotesi di illiceità, implicava la nullità assoluta del contratto. Tutti gli atti contrari alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico «*are absolutely null and the nullity cannot be renounced or waived*»¹⁰⁴. Se si tendeva prevalentemente, nella provincia del Québec, a riconoscere il diritto alla ripetizione dell'indebito in esecuzione di un contratto nullo per illiceità della causa, «non sempre questo diritto era riconosciuto nel caso di nullità del contratto per contrarietà al buon costume»¹⁰⁵. In questi casi il giudice spesso negava la restituzione. La giurisprudenza del Québec¹⁰⁶, sull'esempio della giurisprudenza francese, applicava la regola *Nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans*, rifiutando l'azione di ripetizione per i contratti che avevano un fine immorale¹⁰⁷. La regola prevedeva una restrizione «à la remise en état

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Cfr. nello stesso senso PASSAGNOLI, *op. cit.*, 652.

¹⁰⁴ CHALLIES, *op. cit.*, 83.

¹⁰⁵ FONTAINE, *Énigmes*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, [8e et 9e séance d'étude du Congrès international de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française. Montréal, 24-25 septembre 1952], Montréal, 1956, 675 e 696.

¹⁰⁶ Per la giurisprudenza si vedano: Guay v. Vézina, in (1920) 58 S.C. 104, 110; Aubut v. Gareau, in (1918) 27 K.B. 474; McKibbin v. McCone, in (1899) 16 S.C., 126; B. Vs. L., in 1949 S.C. 390 (Campbell); U.S. Fidelity & Guarantee Co. Vs. Martin, in (1926) 41 K.B. 328; Langelier Ltée vs Demers, in (1928) 38 R.L.n.s. 410, 427; Lecompte vs Demers, in (1938) 64 K.B. 151, 154. Per la dottrina si vedano anche TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, vol. 7, 144-145; PERRAULT A., «*Ordre public et bonnes mœurs*», in (1949) 9 R. du B. 1, 12.

¹⁰⁷ Si veda in giurisprudenza la sentenza *Consumer Cordage Company v. Conolly*, in [1901], 31 R.C.S. 294, e la motivazione resa dal giudice Girouard. In dot-

des parties, mais seulement dans une situation très particulière, celle où la nullité repose su une cause immorale»¹⁰⁸.

Ad esempio la Corte d'appello del Québec ha negato ad un imprenditore la restituzione della somma versata come tangente ad un funzionario che si era impegnato a fargli ottenere la conclusione del contratto, senza però dar seguito a questo accordo¹⁰⁹. Il fine della regola era, secondo la giurisprudenza, quello di «impedire al contraente che si era avvalso della immoralità di ottenere la restituzione di quanto aveva prestato o eseguito»¹¹⁰.

Il giudice Challies della Cour Supérieur del Québec ha risolto il dubbio in questi termini: *«if the contract is merely contrary to public order, the Court puts the parties in the same position as they were before the contract and permits the recovery of payments made under the invalid contract. But if the contract is contrary to good morals or to some penal statute, recourse to the courts is withheld and any action based upon the immoral act is dismissed usually without costs»¹¹¹.*

Con la riforma del Codice civile del 1994, il legislatore del Québec ha per la prima volta affrontato esplicitamente la questione.

Il primo comma dell'articolo 1699 CcQ enuncia, sostanzialmente, la regola del pagamento dell'indebito così come è presente nel nostro Codice civile e in quello francese. Il secondo comma recita: *«Le tribunal peut, exceptionnellement, refuser la restitution lorsqu'elle aurait pour effet d'accorder à l'une des parties, débiteur ou créancier, un avantage indu, à moins qu'il ne juge suffisant, dans ce cas, de modifier plutôt l'étendue ou les modalités de la restitution»*. In base al se-

trina si vedano: LE MOYNE DE SÉRIGNY, *Au carrefour de trois systèmes juridiques*, op. cit., Alger, 1963, 80; KARIM, «L'ordre public en droit économique», op. cit., 421;

¹⁰⁸ *Textes réunis par le Barreau du Québec et la chambre des notaires du Québec, La Réforme du code civil, Obligations, contrats nommés*, Les Presses de l'Université Laval, 1993, 91.

¹⁰⁹ Bouchard c. Bluteau, in J.E. 85-337 (C.A.): *«La loi et la doctrine font une distinction entre les paiements faits en vertu de contrats contraires à l'ordre public et ceux faits en vertu de contrats prohibés par la loi comme contraires aux bonnes mœurs et aux dispositions du droit criminel. Dans l'un ou l'autre des cas, les contrats sont nuls, mais avec des conséquences différents. Si le contrat est contraire à l'ordre public ou constitue une violation d'une disposition d'ordre public, le contrat est nul mais chaque partie peut répéter ce qu'elle a payé, la nullité du contrat les replace dans le même état qu'elles étaient auparavant. Mais si l'obligation a une cause contraire aux bonnes mœurs où aux dispositions du droit criminel, aucun des contractants ne peut répéter ce qui a été payé en vertu de ce contrat»*.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ CHALLIES, *What are public order and good morals?*, in *La notion de l'ordre public et des bonnes mœurs dans le droit privé*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Montréal, 1956, 673.

condo comma, il giudice può, eccezionalmente, rifiutare la restituzione di quanto prestatato allorché essa accordi a una delle parti un vantaggio indebito, a meno che non giudichi invece sufficiente, in quel caso, modificare la misura o le modalità della restituzione.

Nel diritto quebecchese vigente, scomparsa la clausola dei buoni costumi, si è posto, evidentemente, il problema dell'ambito di applicazione dell'adagio¹¹². La nuova disposizione è stata letta, largamente (e non senza una certa soddisfazione), come il sostanziale abbandono della regola *nemo auditur*. Nei commenti prodotti dal *Barreau de Québec* a proposito della riforma del Codice si legge, ad esempio: «Quello stesso spirito moralizzatore che si ritrova in alcune sentenze recenti, non più nel contesto del contratto immorale, bensì in quello del contratto illecito, pare a noi che aggiunga l'immoralità alla illiceità. L'applicazione di questo adagio è a nostro avviso condannata dal Nuovo Codice, che pone, nel testo, la regola della restituzione in natura e per equivalente»¹¹³. Ancor più chiaramente, nei commenti ufficiali del nuovo Codice il ministro Gil Rémillard afferma: «questo principio della restituzione della prestazione, applicabile a tutte le situazioni contemplate, esclude una corrente giurisprudenziale che tende a rifiutare alle parti il diritto alla restituzione o alla rimessa in pristino quando l'atto è immorale»¹¹⁴. Questa tendenza non sembra che si debba conservare, «poiché conduce spesso ad aggiungere una seconda immoralità alla prima, provocando l'arricchimento indebito di una delle parti. Ciò nonostante, in via eccezionale, il tribunale potrebbe intervenire a riguardo: con la sola finalità di evitare che la restituzione non costituisca, per una delle parti, un vantaggio del tutto ingiustificato.[...]. Si tratta, in quel caso, di un temperamento eccezionale, accordato al principio della restituzione (art. 1699, al. 2)»¹¹⁵.

¹¹² TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7 ed., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, 202: «La ripetizione nel caso di pagamento in esecuzione di un contratto nullo perché contrario all'ordine pubblico urta con l'adagio *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*».

¹¹³ *Textes réunis par le Barreau du Québec et la chambre des notaires du Québec, La Réforme du code civil, Obligations, contrats nommés*, Les Presses de l'Université Laval, 1993, 92-93.

¹¹⁴ RÉMILLARD, *Commentaires du ministre de la Justice*, T. I, Les Publications du Québec, Québec, 1993, 1056-1057.

¹¹⁵ *Textes réunis par le Barreau du Québec et la chambre des notaires du Québec, La Réforme du code civil, Obligations, contrats nommés*, Les Presses de l'Université Laval, 1993, 92-93: «C'est ce même esprit moralisateur que nous retrouvons, nous semble-t-il, dans certaines décisions judiciaires récente, non point dans un contexte de contrat immoral, mais dans un contexte de contrat illicite, décisions qui nous paraissent ajouter l'immoralité à l'illiceité. L'application de ces adages nous paraît désormais condamnée par le Nouveau Code qui pose, dans un texte, la règle de la re-

Dello stesso parere è anche Baudouin, il quale afferma che, a differenza di quanto avveniva durante la vigenza del vecchio Codice civile del Basso Canada, i tribunali ormai possono, secondo l'art. 1699 c.c., rifiutare la restituzione solo in casi eccezionali, quando cioè la restituzione apporterebbe un ingiusto vantaggio ad una delle parti¹¹⁶.

Altra dottrina sottolinea ancora, tuttavia, la differenza tra il contratto meramente illecito e il contratto immorale o «*naturellement condamnable*»¹¹⁷. Secondo questa dottrina, la regola prevista dal nuovo art. 1699 precisa e nel contempo modifica il diritto anteriore. Lo precisa insistendo sul fatto che il rifiuto della restituzione è una misura eccezionale (la giurisprudenza che rifiutava la restituzione per un contratto «semplicemente» illecito è ormai chiaramente messa da parte¹¹⁸); e lo modifica perché, quand'anche il contratto fosse immorale, il giudice non è più tenuto, come in passato, a negare la restituzione: «*il en a le pouvoir, mais pas le devoir*»¹¹⁹. In questo modo le disposizioni previste dal nuovo Codice civile del Québec in materia di re-

stitution en nature et, à défaut, par équivalent. Les commentaires officiels sont clairs à cet égard: «ce principe de la restitution des prestations, applicable à toutes les situations visées, exclut ainsi un courant jurisprudentiel qui tend à refuser aux parties le droit à la restitution ou à la remise en état lorsque l'acte en cause est immoral. Une telle tendance qui s'appuie, entre autres, sur l'adage que nul ne peut invoquer sa propre turpitude, n'a pas paru devoir être conservée, car elle conduit bien souvent à ajouter une seconde immoralité à la première, en provoquant l'enrichissement indu de l'une des parties. Toutefois, de façon exceptionnelle, le tribunal pourrait intervenir à cet égard: il en serait ainsi afin d'éviter que la restitution ne constitue, pour l'une des parties, un avantage totalement injustifié. En ce cas, le tribunal pourrait refuser la restitution ou encore modifier l'étendue ou les modalités de la restitution (art. 1699, al.2) Il s'agit là, d'un tempérament exceptionnel apporté au principe de la restitution».

¹¹⁶ BAUDOUIN, *Les obligations*, 5 ed., Cowansville, Yvon Blais, 1998, 309, §372: «*Les tribunaux doivent désormais, en raison des dispositions de l'article 1422 C.c., procéder à la remise en état des parties selon les règles établies aux articles 1699 et s C.c. Sous le régime du Code civil du Bas-Canada, les tribunaux refusaient parfois cette remise en état dans les cas où la cause était immorale ou illégale. Désormais, selon l'article 1699 C.c., le tribunal peut refuser la restitution, mais seulement exceptionnellement lorsqu'elle aurait pour effet d'accorder un avantage indu à l'une des parties.*».

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ PINEAU e GAUDET, *Théorie des obligations*, 4 ed., Montréal, Les Éditions Thémis, 2001, 395.

¹¹⁹ Cfr. Québec (Sous-Ministre du Revenu) v. B.D., in [2002] R.J.Q. 54 (C.A.); Amusements St-Gervais inc. v. Legault, in J.E. 2000-550 (C.A.), in cui è stata concessa l'azione di ripetizione alle parti nel caso di un contratto nullo per causa illecita; si vedano anche nello stesso senso: Peter v. Fiasche, in J.E. 01-101 (C.S.); Alard v. Socomar International (1995) inc., in J.E. 2001-588, in questo caso il giudice decise per l'applicazione dell'adagio e per l'impossibilità di ripetere.

stituzione «*ne condamnent pas de façon catégorique ou absolue l'application de l'adage Nemo auditur propriam turpitudinem allegans, puisque la règle prévue dans le deuxième alinéa de l'article 1699 C.c.Q. laisse au tribunal un pouvoir discrétionnaire de refuser la restitution ou d'en plutôt l'étendue ou les modalités*»¹²⁰.

Molto prudentemente il legislatore québecchese ha rifiutato ogni «dogmatismo» sulla materia: i giudici decideranno, alla luce di tutte le circostanze, se sia saggio o meno rifiutare la restituzione o modificarne le modalità. Dopo la riforma, e la scomparsa della clausola del buon costume, era evidentemente impossibile insistere sulla differenza tra contratti immorali e contratti illegali. Di fronte a questo scenario, la soluzione prospettata dal legislatore del Québec, non potendo contemplare l'ipotesi – «paralizzante» per il diritto – di estendere l'impossibilità della restituzione a tutte le ipotesi di illiceità, è stata quella di affidare la decisione alla discrezionalità del giudice¹²¹.

5. *Le sorti della regola «In pari causa turpitudinis» di fronte alla crisi della clausola del buon costume*

La regola *in pari causa turpitudinis* è evidentemente messa in discussione dalla negazione dell'autonomia della clausola del buon costume e dal suo assorbimento dentro la clausola dell'ordine pubblico.

Si è visto come in Francia il problema ha potuto risolversi attraverso la sua graduale disapplicazione, non essendo presente la regola nel codice civile. La regola riceve ormai una applicazione sempre più limitata, mentre la clausola del buon costume in quanto tale non sembra giocare un ruolo autonomo nella giurisprudenza.

Il problema resta invece intatto in Italia, dove la regola del principio *in pari causa turpitudinis* è stata introdotta nel codice del 1942 all'art. 2035. Sia dottrina che giurisprudenza, però, si muovono verso una graduale disapplicazione, non essendo più in grado di giustificare la regola su basi razionali.

Sorge a questo punto la domanda: di fronte all'assimilazione tra

¹²⁰ KARIM, *op. cit.*, 425.

¹²¹ PINEAU e GAUDET, *Théorie des obligations*, 4 ed., Montréal, Les Éditions Thémis, 2001, 395; KARIM, *op. cit.*, 424: «*Quoi qu'il en soit, le législateur a introduit un tempérament important à la règle de la restitution puisque le tribunal a maintenant un large pouvoir discrétionnaire et peut refuser la restitution ou en modifier l'étendue ou les modalités afin d'empêcher que l'une des parties ne reçoive un avantage injustifié (cfr. art. 1699, al. 2 CcQ)*».

buon costume e ordine pubblico, è possibile distinguere l'immoralità dalla illiceità ai fini della ripetizione dell'indebito?

E se si conclude in senso negativo, che conseguenze avrà questo sull'applicazione dell'art. 2035 c.c.?

Le soluzioni ipotizzabili sono diverse.

Si potrebbe, da un lato, interpretare l'art. 2035 c.c. estendendone la portata anche al di là dei negozi contrari al buon costume. Si deve sottolineare che l'applicazione dell'art. 2035 di fronte a qualsiasi negozio illecito è stata sostenuta da qualche autore anche in tempi relativamente recenti¹²².

Gli interpreti italiani non sembrano tuttavia rassegnati ad estendere la irripetibilità ad ogni forma di illiceità. Resta allora l'ipotesi di distinguere all'interno delle ipotesi di illiceità, ma sulla base di principi e valori obiettivati nell'ordinamento, e non di una morale esterna ad esso. Questa è ad esempio la strada suggerita da quelle sentenze che hanno fatto discendere la contrarietà al buon costume, e dunque l'applicabilità dell'art. 2035 c.c., non dalla semplice contrarietà a norme imperative ma dalla contrarietà a norme penali; riconoscendo così una sorta di gradazione nella valutazione negativa dei fatti «anche sotto il profilo etico e sociale», che si esprime appunto nella scelta di collegare ad essi una sanzione penale¹²³. In questa prospettiva, non tutti i contratti illeciti sono turpi; ma il rapporto tra illiceità e turpitudine può costruirsi sulla base di indici formali, che esprimono scelte etiche dell'ordinamento.

Una seconda ipotesi potrebbe essere quella di ispirarsi all'esperienza del Québec. Come si è detto, l'art 1699 del *Code civil du Québec* prevede che i giudici possano (non debbano) rifiutare la ripetizione in casi eccezionali, e in particolare quando essa comporti un vantaggio indebito per l'altro contraente. In Québec si è escluso che il giudice debba necessariamente far discendere dalla illiceità del contratto l'applicazione della regola *nemo auditur tout court*. La strada percorsa dal legislatore del Québec ha il pregio di liberare la regola *nemo auditur* dall'esigenza di ragionare in base alla distinzione tra mera illiceità e immoralità, lasciando alla discrezione del giudice la possibilità di negare, valutata la situazione, la ripetizione laddove l'altra parte ne otterrebbe un vantaggio indebito.

¹²² In questo senso, ad esempio, TRABUCCHI, voce *Buon costume*, in Enc. Dir., V, Milano, Giuffrè, 1959, 700-706.

¹²³ Così Cass., sez. un., 7 luglio 1981, n. 4414, in *Foro it.*, 1982, I, 1679, e Cass. 23 marzo 1985, n. 2081, in *Riv. del not.*, 1985, II, 1276, e. Entrambe le sentenze sono in materia di contratti che concretavano frodi valutarie, commesse in un periodo in cui non costituivano reato. Proprio sulla base di ciò, la Corte di Cassazione ha ammesso la ripetizione.

In Italia, se resta pur sempre vero che la regola posta dal 2035 c.c. sanziona il disvalore attribuito al contratto immorale¹²⁴, è altrettanto vero che essa riflette lo spirito del tempo in cui è stata scritta, fortemente condizionato da convenzioni che oggi una parte della dottrina non esita a definire «ipocrisie sociali»¹²⁵. In questo senso, il tradizionale approccio del diritto civile italiano, che associa la contrarietà al buon costume alla regola *in pari causa turpitudinis*, risulta per gran parte della dottrina attuale «decisamente inappagante», sia sul piano tecnico che su quello della politica del diritto, e dovrebbe perciò essere ripensato sulla base di una ricognizione che tenga conto «senza ipocrisie» dell'evoluzione sociale¹²⁶.

Nella dottrina più recente, si è suggerito di abbandonare il tentativo di ridurre ad unità la *ratio* della norma, privilegiando una disciplina fondata «sul confronto fra la ragion d'essere dei divieti giuridici di efficacia e di restituzione e i risultati incoerenti che possano derivarne»¹²⁷. In tale prospettiva, sarebbe dunque plausibile l'ipotesi di una valutazione che, nel confronto fra la regola della ripetibilità e la contro-regola della irripetibilità, individui, «sulla base di parametri orientativi sufficientemente certi, la soluzione più adeguata alla più efficiente e alla più equa composizione degli interessi in conflitto»¹²⁸. Attraverso il ricorso ad altre clausole generali (il divieto di abuso del diritto, il principio di buona fede) una parte della dottrina italiana ritiene aperta la strada verso una soluzione sostanzialmente non dissimile da quella esplicitamente introdotta dal legislatore québecchese.

¹²⁴ L'art. 2035 c.c. «lungi dall'esprimere una indifferenza dell'ordinamento» stabilisce una differenza tra il contratto illecito *tout court* e quello contrario al buon costume, cfr., ZENO-ZENCOVICH, «Sex and the contract: dal mercimonio al mercato»; in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2007, 1224.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ ZENO-ZENCOVICH, *op. cit.*, 1197.

¹²⁷ BRECCIA, *op. cit.*, 329.

¹²⁸ BRECCIA, *op. cit.*, 327.

Conclusioni

Al termine del nostro percorso si delineano con chiarezza alcuni risultati dell'evoluzione dei sistemi giuridici che abbiamo osservato in materia di buon costume, e si aprono alcune domande. Innanzitutto, si può constatare che la concezione deontologica dei buoni costumi, in chiave religiosa o giusnaturalistica, sembra irreversibilmente tramontata. I buoni costumi si ricavano dalle concezioni morali correnti o da quelle adottate dall'ordinamento giuridico; ma sono comunque qualcosa di relativo a un dato tempo e a una data società, sono il frutto di una certa evoluzione storica.

La seconda constatazione riguarda l'erosione dei buoni costumi, comune ai tre sistemi giuridici analizzati. Tale erosione ha visto crescere il ruolo dell'ordine pubblico, e, più di recente, di altre clausole generali. Alla base di questo fenomeno vi è una molteplicità di fattori.

Il primo coincide con la difficoltà, avvertita da sempre, di dare un contenuto concreto ad una nozione – il costume – aliena al diritto, elastica e connessa a valori che l'interprete rintraccia «fuori» dal diritto e dai testi normativi.

Il secondo fattore coincide con lo specifico disagio di fronte a ogni richiamo alla morale. L'idea di una netta separazione tra diritto e morale e l'aspirazione alla neutralità dell'ordinamento giuridico di fronte alla compresenza di una pluralità di codici morali rendono problematico il rinvio ai buoni costumi.

Il terzo fattore risiede nel rischio che la clausola dei buoni costumi apra un eccessivo spazio alla discrezionalità dei giudici: di fronte alla difficoltà di ricostruire la concezione morale prevalente, il giudice finisce con l'imporre le proprie opinioni soggettive o il punto di vista del particolare gruppo sociale a cui appartiene.

A fondamento del processo di erosione della clausola del buon costume vi sono sicuramente preoccupazioni ragionevoli, dettate da una realistica osservazione del panorama sociale entro cui il diritto opera.

Di fronte al pluralismo morale e sociale e all'espandersi dell'auto-

determinazione dell'individuo, il diritto non vuole più ingerirsi nella sfera privata del soggetto, né, tantomeno, è in grado di decidere quali costumi sono buoni o cattivi. Il diritto può solamente tutelare la dignità del singolo, e limitarne l'autonomia nei casi in cui contrasti con la dignità di terzi e con l'interesse generale della società.

In Québec, tale processo ha portato all'eliminazione della nozione dal Codice civile. In Francia e in Italia, benché la nozione non sia stata «formalmente» eliminata dai testi di legge, si assiste nondimeno alla medesima dissoluzione del buon costume e alla sua sostituzione con l'ordine pubblico filantropico e con il principio di dignità. In tutti i sistemi emerge l'insicurezza del diritto nell'uscire dalla morsa di una concezione positivista che si rivela – solo apparentemente – più adatta a garantire la certezza del diritto.

Con il passaggio dal costume all'ordine pubblico è davvero cambiato qualcosa?

Dipende. Se si considera la prima critica rivolta alla clausola del buon costume – e cioè la vaghezza della nozione – la risposta non può che essere negativa. Non si può infatti nascondere la perplessità, sotto questo profilo, sul ricorso al nuovo ordine pubblico e al principio di dignità. In tutti i sistemi, alla erosione o eliminazione della clausola dei buoni costumi fa seguito una vera e propria esplosione della clausola dell'ordine pubblico, a cui consegue la sua inevitabile frammentazione. D'altra parte, che la nozione di dignità si possa prestare a molte, ed anche contrastanti, letture è evidente agli occhi di tutti. L'esigenza di certezza non appare soddisfatta, così come permane il rischio di limitare in modo arbitrario e non facilmente prevedibile l'autonomia dei privati, laddove il sistema giuridico decida di passare dalla vaghezza dei buoni costumi alla vaghezza di un valore (la dignità), la cui portata – per ora – dipende, non meno confusamente, dalla coscienza collettiva¹. Sul concetto stesso di dignità della persona convergeranno visioni e metodi diversi a seconda dei diversi orientamenti culturali².

¹ Nello stesso senso, cfr. MOROZZO DELLA ROCCA, voce *Prestazione (negoziabilità della)*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 2003, 11: «L'uso di un criterio valutativo così incerto nei suoi contenuti effettivi come la dignità della persona, non riduce ma semplicemente riproduce la possibilità di applicazioni ambigue e contraddittorie da parte della giurisprudenza. Ambiguità insite, d'altra parte, nel concetto stesso di dignità della persona, sul quale ogni orientamento culturale propone visioni e metodi propri»; cfr. anche GALLOUX, «*De corpore jus*», in *Petites affiches*, 14 déc. 1994, 19: «*La signification précise (de la dignité) n'est pas fixée: il s'agit d'un standard dont l'appréciation sera sans doute très proche de celle des bonnes mœurs et donc livrée, on peut le supposer, au même processus de dégradation*».

² Cfr. MOROZZO DELLA ROCCA, voce *Prestazione (negoziabilità della)*, cit., 11.

D'altra parte, e in stretta connessione con quanto appena osservato, vi è da dubitare che il richiamo all'ordine pubblico o al principio di dignità rispondano ai timori di una eccessiva discrezionalità dei giudici.

Ad un occhio disincantato, il cambiamento potrebbe sembrare allora largamente apparente: si richiamano nozioni diverse ma comunque talmente vaghe da lasciare spazio ad una effettiva scelta da parte dei giudici. E si spiega bene in questo contesto che, come si è constatato in Québec, al cambiamento terminologico non corrisponda necessariamente un cambiamento delle regole concretamente applicate.

Ma allora occorre cercare altrove la risposta alla domanda: che cosa è cambiato?

Il cambiamento sembra essere principalmente sul piano simbolico. Ciò è ben dimostrato dall'operazione, *tranchant*, compiuta dal legislatore del Québec. Benché, come sostenuto da alcuni autori, la scomparsa della clausola non implichi necessariamente la rinuncia al suo contenuto, la scelta operata dal legislatore québecchese è stata vissuta come una scelta importante sul piano valoriale.

Da un punto di vista simbolico, qualcosa è cambiato davvero: si è tolto il riferimento al costume. Questo sta probabilmente a significare che si è voluto smettere di guardare al passato, al «costume» consolidato dalla tradizione di una società, per aprire il diritto e i suoi interpreti ad una prospettiva volta al futuro, incarnata dal richiamo al valore della dignità. D'altra parte, per quanto la nozione di dignità sia ancora largamente da definire, essa rappresenta incontestabilmente un richiamo ai valori dell'individuo: i costumi sono invece, inevitabilmente, il prodotto di una società.

Il buon costume richiama alla tradizione e ai valori di una comunità; ed è questo che ci aiuta a comprendere il valore simbolico della sua eliminazione.

Il richiamo alla dignità dell'individuo è la risposta alla difficoltà di riconoscere, di fronte al pluralismo sociale, il costume di una collettività avente basi omogenee³.

Sulla profonda ambiguità dello strumento del principio di dignità della persona e sul suo controverso rapporto con l'autonomia degli individui, si rimanda all'analisi comparativa di RESTA, «*La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti alla dignità (nota a margine della Carta dei diritti)*», in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 831 e ss.

³ Sulla necessità che la dignità della persona umana non perda consistenza di valore universale e non sia confinata a giocare il ruolo di variabile dipendente dall'autodeterminazione soggettiva, cfr. NICOLUSSI, voce: *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir.*, Milano, 2011, 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 con-

Ci si deve chiedere, a questo punto, se sia possibile riempire di contenuti concreti questa operazione simbolica.

Con il richiamo al buon costume, almeno secondo la lettura tradizionale, il legislatore riconosce una morale estranea al diritto.

Resta invece da comprendere se il principio di dignità resti tutto interno al sistema giuridico o se anch'esso implichi un richiamo a valori extragiuridici.

Se anche il contenuto della dignità si richiama a fonti extragiuridiche, si rafforza il dubbio sulla portata reale del cambiamento. Se si adotta invece la lettura contraria, l'intera evoluzione che abbiamo testimoniato si configura come un'affermazione di assolutismo giuridico. Nell'applicazione della clausola del buon costume si è delineato chiaramente il problema del rapporto tra la coscienza individuale del giudice, l'opinione sociale, i valori accolti dall'ordinamento. Da questo punto di vista, cosa cambia con il richiamo alla dignità?

Non si può affrontare il nostro problema muovendo da una concezione meccanica dell'attività dell'interprete, a cui ormai nessuno sembra più credere. Nell'interpretazione interagiscono inevitabilmente l'individualità del singolo, l'influenza di percezioni e valori socialmente condivisi e le norme.

La tradizionale clausola generale dei buoni costumi chiama in causa la morale. Occorre guardare a tale dato con un approccio realistico, evitando di concepire l'operato del giudice su due rette parallele – la prima costituita dall'applicazione della norma, la seconda dall'applicazione della morale – mai intersecabili. La realtà del processo interpretativo non funziona in questo modo ma, come già accennato, si muove inevitabilmente e continuamente sui due piani. Attraverso il buon costume si richiama il giudice a guardare ad una morale che sta fuori dal Codice, ma anche possibilmente che non sta solo nella sua testa.

Se il richiamo a norme sociali (attraverso il buon costume) e un'interpretazione non formalistica della legge (attraverso l'ordine pubblico) sono due attività che in qualche maniera si intrecciano, riconoscere entrambe le clausole all'interno del Codice sembra raffigurare l'opzione più ragionevole e meno ipocrita per evitare all'interprete di nascondere l'una operazione nell'altra – come avviene quando si parla di dignità e di un ordine pubblico morale o filantropico – e per incanalare il giudice in un sano percorso interpretativo che tenga conto, senza eccessi di soggettivismo, della pluralità dei piani che lo costituiscono.

cordato, 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».

Bibliografia

- AA.Vv., *Atti della Commissione delle Assemblee legislative, chiamate a dare il proprio parere sul progetto del Codice civile, Libro delle obbligazioni*, Roma, Tipografia del Senato, 1940.
- AA.Vv., *Études de droit civil a la mémoire de Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1939.
- AA.Vv., *Études offerts à Georges Ripert*, Paris, LGDJ, 1950.
- AA.Vv., *La riforma del Codice civile*, Roma, Bulzoni, 1966.
- AA.Vv., *La riforma del Codice civile: atti del XIII Congresso nazionale dell'Associazione italiana giovani avvocati*, Padova, CEDAM, 1994.
- AA.Vv., *Osservazioni della Facoltà di giurisprudenza sul progetto di Riforma del Codice di procedura civile*, Roma, Soc. An. Poligr. Italiana, 1937.
- ALBANESE, «Immoralità, illiceità e soluti retentio», in *il Corriere Giuridico*, 2005, fasc. 6, 865-875.
- ALBERTARIO, *La riforma del Codice civile: il Libro primo*, Milano, Giuffrè, 1939.
- ALLAND-RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003.
- ALLARA, *Sul pagamento «ob turpem causam»*, Cortona, Stab. Tipogr. Commerciale, 1930.
- ANNUNZIATA, «La nozione di buon costume e applicabilità della soluti retentio ex art. 2035 c.c. (Nota a Cass. sez. III civ. 21 aprile 2010, n. 9441)» in *Giust. civ.*, 2011, fasc. 1, 186-193.
- ARABEYRE, HALPÉRIN, KRYNEN, *Dictionnaire historique des juristes français: XII-XX siècle*, Paris, PUF, 2007.
- ARGOU, *Institutions au droit françois*, T. II, Paris, Boucher d'Argis, 1746.
- ARNDTS, *Le Pandette*, trad. da Filippo Serafini, vol. I, parte I, Bologna, Tipografia Fava e Garagnani, 1882.
- AUBERT, *La répétition des prestations illicites ou immorales en droit français, en droit suisse et dans la jurisprudence belge*, Lausanne, Nouvelle Bibliothèque de droit et de jurisprudence, 1954.
- AUBRY e RAU, *Cours de droit civil français*, T. I, 2 ed., Bruxelles, Melin Cans et Comp., 1850; 3 ed., T.III, 1856, T. IV, 1871, Paris, LGDJ; 5 ed., 1897, 7 ed., T. I, Esmein e Ponsard, 1964.
- AZARA, *Diritto delle persone e diritto di famiglia nel progetto di riforma del Codice civile*, Roma, Foro italiano, 1935.
- AZZOLINA, *Trattato di diritto civile italiano, la mediazione*, Torino, UTET, 1955.

- BALESTRA, «*La famiglia di fatto tra autonomia ed etero regolamentazione*», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 194-206.
- BALOSSINI, *La rilevanza giuridica delle «regole sociali»*, Milano, Giuffrè, 1965.
- BARBERO, *Sistema istituzionale di diritto privato*, 4 ed. agg., Torino, UTET, 1955.
- BARREAU DU QUÉBEC E CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La Réforme du Code civil, Obligations, contrats nommés*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993.
- BARREAU DU QUÉBEC, *Code civil du Québec, Sous-commission des institutions, 18 septembre 1991 No 11, Étude détaillée du projet de loi 125-Code civil du Québec*, in *Journal des Débats, Commissions parlementaires, Assemblée Nationale*, première session, XXXIV législature, Québec.
- BARREAU DU QUÉBEC, *Textes réunis par le Barreau du Québec et la chambre des notaires du Québec, La Réforme du code civil, Obligations, contrats nommés*, Laval, Les Presses de l'Université, 1993.
- BAUDOIN e JOBIN, *Les Obligations*, Cowansville, Yvon Blais, 6 ed., 2005.
- BAUDOIN, *Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 5 ed., 1998.
- BAUDOIN, *Les problèmes de la codification à la lumière des expériences et situations actuelle*, in *Rapports présentés par les juristes membres de l'Association québécoise pour l'étude comparative du droit*, 6^e Congrès International de droit comparé, Hambourg, 30 juillet – 4 août, 1962.
- BAUDRY LACANTINERIE e HOUQUES-FOURCADE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des personnes*, Paris, Larose, 1896.
- BAUDRY-LACANTINERIE e HOUQUES-FOURCADE, *Traité théorique et pratique de droit civil, T. I, Des personnes*, Paris, Sirey, 1907.
- BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, Paris, Sirey, 1921.
- BERTOZZI, *Dizionario dei brocardi e dei latinismi giuridici*, Milano, Ipsoa, 1993.
- BERTRAND, *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, Etudes offerts à Georges Ripert*, Paris, LGDJ, 1950.
- BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, (ristampa ed. Torino, 1943), Camerino, ESI, 1994.
- BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico, T.II*, Torino, UTET, 1952.
- BEUDANT, *Cours de droit civil*, Paris, Rousseau, 1934-1936.
- BIANCA, *Il Contratto*, Milano, Giuffrè, 1987.
- BIANCHI, *Principi generali sulle leggi*, in *Corso di diritto civile italiano*, Torino, UTET, 1888.
- BIBBY, «*Religion À La Carte in Quebec: A Problem of Demand, Supply, or Both?*», in *Globe: revue internationale d'études québécoises*, vol. 11, n. 1, 2008, 151-179.
- BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile, fatti e atti giuridici*, Torino, UTET, 1987.
- BILLETTE, *Traité théorique et pratique de droit civil canadien, Donations et Testaments, Vol. I*, Montréal, Imprimerie Excelsior, 1933.
- BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965.

- BONNECASE, *La notion juridique de bonnes moeurs, sa portée en droit civil français*, in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1939.
- BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, III, parte II, Torino, UTET, 1877.
- BOUCHER e MOREL, *De la Coutume au Code Civil; Textes et documents du droit québécois*, 3 ed., Montréal, La librairie de l'Université de Montréal, 1972.
- BRECCIA, *Il contratto in generale*, Torino, Giappichelli, 1999.
- BRÈTHE DE LA GRESSAYE, «*Souvenirs d'un civiliste*», in *RTD civil*, 1975, 4, 660-671.
- BROODMAN, BRIERLEY e MACDONALD, *Quebec Civil Law. An introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Edmond Montgomery Publication, 1993.
- BRUNETTI-PONS, *La conformité des actes juridiques à l'ordre public*, in *Études offertes au professeur Malinvaud*, Paris, Litec, 2007.
- CAPITANT H., *Cours de droit civil français*, Paris, Dalloz, 1953.
- CAPITANT H., *De la cause des obligations*, Paris, Dalloz, 1923.
- CAPITANT R., *L'impératif juridique*, Paris, Dalloz, 1929.
- CAPITANT, TERRÉ, LEQUETTE, *Obligations, contrats spéciaux, suretés*, Paris, Dalloz, 2000.
- CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, T. I, *Les obligations*, T. II, Paris, PUF, 1993.
- CARDAHI, «*L'Exécution des conventions illecite et immorales; étude de l'adage Nemo auditur d'après le droit comparé, le droit musulman et les moralistes chrétiens*», in *Rev. intern. de dr. comp.*, 1951, vol. 3, 385-411.
- CARON, DAY, MORIN, *Code civil du Bas Canada, Deuxième rapport des commissaires*, Québec, Desbarats, 1863-1865.
- CARRESI, «*Il negozio illecito per contrarietà al buon costume*», in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, 29-46.
- CARRESI, voce *Prossenetico*, in *N.sso Dig. it.*, XIV, 1967, 222-223.
- CARUSI, «*Mandato illecito, traffico d'influenza, divieto di ripetizione*» (Nota a Cass. sez. III civ. 21 aprile 2010, n. 9441), in *Giur. it.*, 2010, fasc. 10, 2028-2030.
- CARUSI, *Contratto illecito e soluti retentio, l'art. 2035 cod. civ. tra vecchie e nuove «immoralità»*, Napoli, Jovene, 1995.
- CASSIRER, *La filosofia dell'Illuminismo*, trad. it., Firenze, La Nuova Italia, 1935.
- CATTANEO, *Codice civile del regno d'Italia cogli argomenti e colla correlazione degli articoli fra loro e con le disposizioni dei codici di procedura civile, di commercio e penale e delle leggi, dei regii decreti e regolamenti*, Saluzzo, Tipografia Frat. Lobetti-Bodoni, 1868.
- CHAILLIES, *What are public order and good morals?*, in *La notion de l'ordre public et des bonnes moeurs dans le droit privé*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Montréal, 1956, 645-674.
- CHESHIRE e FIFOOT'S, *Law of contracts*, London, Butterworths, 1976.

- CHEVRIER, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations: droit savant du Moyen-âge-ancien droit français*, Paris, Sirey, 1929.
- CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Milano-Torino-Roma, Flli Bocca Editore, 1912.
- CHITTY, *Chitty on contracts*, I, *General Principles*, London, Sweet & Maxwell, 1977.
- CIANCI, «La liceità delle tecniche di procreazione assistita e dei negozi per la sua realizzazione», in *Familia*, 2002, fasc. 1, 89-125.
- COLIN, CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, Dalloz, 1922.
- COLIN, CAPITANT, *Obligation, théorie générale, droits réels principaux*, Paris, Dalloz, 1959.
- COMMISSION DE REFORME DU CODE CIVIL, *Travaux de la Commission de Réforme du Code civil*, Paris, Sirey, 1947-1948 e 1948-1949.
- COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano*, (ripr. dell'ed. Milano, SEI, 1924), Napoli, ESI, 1992.
- COVIELLO L., «*Riassunti di scritti di diritto civile*», in *Filangieri*, 1897, 351-360.
- CRÉPEAU, «*Civil Code revision in Québec*», in (1974), 34 *Louisiana L. Rev.*, 921-952.
- CRÉPEAU, «*La fonction du droit des obligations*», in 1998, 43 *Mcgill L.J.* 72, 729-780.
- CRÉPEAU, «*La réforme du Code civil du Québec*», in *Rev. int.dr. comp.*, vol. 31, n. 2, avril-juin 1979, 269-283.
- CRÉPEAU, *La Réforme du droit civil canadien: une certaine conception de la recodification, 1965-1977*, Montréal, Editions Thémis, 2003.
- CRÉPEAU, *Rapport sur le Code civil du Québec, Office de Révision du Code civil*, Commentaires, Québec, Editeur officiel, 1978.
- CUSHING, *The Civil Law in its Natural order, by Jean Domat*, Boston, Little Brown, 1853.
- D'AMELIO, AZARA, RANELLETTI, *Principi fondamentali della riforma del Codice civile (Libri I e II)*, Milano, Libreria scientifica e letteraria S.A., 1938.
- DE BELLEFEUILLE, *Le Code civil annoté étant le Code civil du Bas Canada*, Montréal, Beauchemin & fils, 1889.
- DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Paris, Brunet, 1769.
- DE LA MORANDIÈRE, «*The Reform of the French Civil Code*», in 97 *U. Pa. L. Rev.*, 1, 1948-1949, 1-21.
- DE LORIMIER, *La Bibliothèque du code civil de la province de Québec (ci-devant Bas-Canada) ou recueil comprenant entre autres matières: 1L le texte du code en français et en anglais; 2L les rapports officiels de M.M. les commissaires chargés de la codification*, Montréal, Cadieux & Dérome, 1874-1890.
- DE RUGGIERO, *Introduzione alle scienze giuridiche e Istituzioni di diritto civile*, Napoli, Alvano, 1911.
- DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, T. III, Messina, Principato, 1931.
- DE RUGGIERO, voce *In pari causa turpitudinis melior est conditio possidentis*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, III, I, Milano, Vallardi, s.d.
- DELLE MONACHE, *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori*

- e tutela proprietaria: per una riflessione sul sistema traslativo dei diritti*, Padova, CEDAM, 1997.
- DEMOGUE, *Traité des obligations en général, Sources des Obligations*, T. I, Paris, Rousseau, 1923.
- DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, T. XII, *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Bruxelles, Stienon, 1868.
- DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, Paris, Desaint, 1773.
- DERNBURG, *Pandette, Diritto delle obbligazioni*, trad. di Francesco Bernardo Cicala, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1903.
- DI MAIO, «*Clausole generali e diritto delle obbligazioni*», in *Riv. crit.dir. priv.* 1984, 539-571.
- DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, CEDAM, 2008.
- DI SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. di Vittorio Scialoja, Torino, UTET, 1886.
- DIDEROT e D'ALEMBERT, *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences des arts et des métiers*, Paris, Briasson, 1754.
- DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel; le droit public, et legum delectus*, Paris, Durand, 1756.
- DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris 1776 trad. di W. Strahan, *The Civil Law in Its Natural Order, Together with the Public Law, written in French by Jean Domat, with Additional Remarks on Some Material Differences between the Civil Law and the Law of England*, 2 ed., con aggiunte, London, 1737.
- DURAND DE MAILLANE, *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale conféré avec les maximes de la jurisprudence de France*, Lyon, Joseph Duplain, 1776.
- DURANTON, *Cours de droit français, suivant le code civil*, T. I, Bruxelles, Société Typographique Belge, 1834.
- EVANS, *A treatise on the law of obligations*, London, Strahan, 1806.
- FABRE-MAGNAN, *La dignité en droit: un axiome*, in *La dignité aujourd'hui, perspectives philosophiques et théologiques*, publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, 53-84.
- FADDA, PORRO, RAIMONDI e VEDANI, *Prima raccolta completa della giurisprudenza sul codice civile*, Milano, Vallardi, SEI, 1888-1909.
- FARJAT, *L'ordre public économique: these pour le Doctorat en Droit*, Paris, Librairie Générale, 1963.
- FARNSWORTH, *The concept of good faith in American law*, Roma, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1993.
- FAUVARQUE CASSON e MAZEAUD, *European Contract Law*, Munich, Sellier, european law publishers, 2008.
- FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, suivi d'une édition de ce code*, Ristampa dell'edizione del 1827, Osnabrück, Otto Zeller, 1968.
- FENOUILLET, *Les bonnes mœurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique!*, in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle, Mélanges offerts à P. Catala*, Paris, Litec, 2001.

- FERRARA F., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, SEI, 1914.
- FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, Giuffrè, 1970.
- FERRI, Voce *Buon costume*, in *Enc. Giur.*, V, Roma, 1988, 1-7.
- FONTAINE, *Enigmes*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, [8e et 9e séance d'étude du Congrès international de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, Montréal, 24-25 septembre 1952], Montréal, 1956, 675-717.
- FOYER, *L'action civile devant la juridiction répressive*, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Paris, Dalloz, 1956.
- FRANZONI, Dizionario enciclopedico della giurisprudenza civile, voce *buon costume*, Padova, Cedam, 2001, 259-260.
- FRIEDMAN, *Public order and good morals in the law of Québec*, Legal research essays, Montreal, McGill University Faculty of Law, 1951.
- GALLICHAN, «*La Bibliothèque du Barreau de Québec: l'émergence d'une institution*», in *Les Cahiers de droit*, vol. 34, n. 1, 1993, 125-152.
- GALLOUX, «*De corpore jus*», in *Petites affiches*, 1994, n. 149, 18-24.
- GAMBARO-SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato* diretto da SACCO, Torino, UTET, 2000.
- GAZZANIGA, «*Domat et Pothier. Le contrat à la fin de l'ancien régime*», in *Droits*, 1990, 12, 37-46.
- GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, ESI, 2006.
- GHESTIN, *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français*, Montréal, Université McGill, Institut de droit comparé, 1982.
- GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, Paris, L.G.D.J., 1980.
- GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia, 1865-1942*, Roma-Bari, Laterza, 1985.
- GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia: la codificazione del diritto del Risorgimento*, Roma-Bari, Laterza, 1979.
- GIANTURCO, *Diritto delle obbligazioni*, Napoli, Pierro, 1894.
- GIANTURCO, *Sistema di diritto civile*, T. I, Napoli, Pierro, 1909.
- GILLES, «*Les Lois civiles de Jean Domat, prémices à la Codification. Du Code Napoléon au Code civil du Bas Canada*», in (2009) 43 *R.J.T.* 1, 1-49.
- GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, T. II, Firenze, Cammelli, 1876.
- GIRAUD, *Précis de l'ancien droit coutumier français*, Bruxelles, Bibliothèque de l'Ecole de Chartes, 1851.
- GIRINO, *La mediazione matrimoniale: appunti per un esperimento di micro comparazione*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, Milano, Giuffrè, 1978.
- GLUCK, *Commentario alle Pandette*; tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col Codice civile del Regno d'Italia, Filippo Serafini e Pietro Cogliolo, Milano, Vallardi, SEI, 1888-1909.
- GOLDSTEIN e MESTIARI, *La liberté contractuelle et ses limites—Étude à la lueur*

- du droit civil québécois*, in *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003.
- Grand Coutumier de Normandie*, 1250, édition critique Rouen-Paris, E.J. Tardif, 1896.
- GRANDI, *La riforma fascista dei codici*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1939.
- GROSSO, *Obbligazioni*, Torino, Giappichelli, 1966.
- GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. J. Barbeyrac, Amsterdam, 1729.
- GROTIUS, *Text, translation, and notes*, Aalen, Scientia, 1977.
- GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padova, CEDAM, 1974.
- GUARNERI, *Le role des règles juridiques dans le droit*, in *Rapports nationaux italiens au XI Congrès International de Droit Comparé*, Caracas, 1982, Milano, 1982.
- GUARNERI, voce *Buon costume*, in *Digesto disc. priv.*, Torino, UTET, 1988, 121-126.
- GUARNERI, voce *Ordine pubblico*, in *Digesto disc. priv.*, Torino, UTET, 1995, 154-170.
- HARE, *The language of morals*, Oxford, Oxford University Press, 1952.
- HART, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1965.
- HAUSER, LEMOULAND, «*Ordre public et bonnes mœurs*», in *Rep. droit civ.*, Dalloz, mars 2004, n. 1.
- HENNETTE-VAUCHEZ, *A Human Dignitas? The contemporary Principle of Human Dignity as a Mere Reappraisal of an Ancient Legal Concept*, EUI Working Papers, Law n. 2008/18, 1-24.
- HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, T. I, Art. 1 à 143, Paris, Librairie Cotillon, 1892.
- HUGUENEY, «*Les dommages intérêts dus par le souteneur à la prostituée*», in *Rev. int. dr. pen.*, 1946, 74-75.
- JOBIN, *La stabilité contractuelle et le Code civil du Québec: un rendez-vous tumultueux*, in *Mélanges pour A. Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997.
- JOSSERAND, «*Un ordre public nouveau*», in *Dalloz Hebdo.*, 1937, chron. IX.
- JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Paris, Sirey, 1930.
- KARIM, «*L'ordre public en droit économique: contrats, concurrence, consommation*», in *Les Cahiers de droit*, vol. 40, n. 2, 1999, 403-435.
- KÉLADA, *Précis de droit québécois*, Montréal, SOQUIJ, 1997.
- LACHAPPELLE, *L'ordre public et les bonnes moeurs dans la Province de Québec*, Montréal, Université McGill, 1951.
- LANGELIER, *Cours de droit civil de la Province de Québec*, T. I, Montréal, Wilson & Lafleur, 1905.
- LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, Paris, Pédone-Lauriel, 1885.
- LAURENT, *Principes de droit civil*, Bruylant-Christophe & Cie, Paris, 1878.
- LE MOYNE DE SÉRIGNY, *Au carrefour de trois systèmes juridiques, Le droit civil de la Province de Québec*, Alger, Editions La Maison des livres, 1963.

- LE TOURNEAU, *La règle «Nemo auditur...»*, Paris, Durand-Auzias, 1970.
- LECLAIR, «*Le Code civil des Français de 1804: une transaction entre révolution et réaction*», in (2002), vol. 36 *R.J.T.* 1, 82.
- LEFEBVRE DE BELLEFEUILLE, *Le Code civil annoté étant le Code civil du Bas Canada*, II ed., Montréal, Beauchemin & fils, 1889.
- LEVY, CASTALDO, *Histoire de droit civil*, Paris, Dalloz, 2002.
- LEVY-BRÜHL, *La morale et la science des mœurs*, Paris, Felix-Alcan, 8 ed., s.d.
- LLORCA, *L'Introduction des bonnes mœurs dans le Code civil*, Paris, CURAPP, 1994.
- LLOYD, *Public policy: a comparative study in English and French law*, London, The Athlone press, University of London, 1953.
- LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, in *Il diritto civile italiano*, I, Napoli, Marghieri, 1887.
- LOMONACO, «*Il Prossenetico matrimoniale. Esame critico della giurisprudenza italiana*», in Filangieri, 1885, I, 611-616.
- LOMONACO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Napoli, Jovene, 1895.
- LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, ESI, 1993.
- LONGHINI, «*Efficacia giuridica del prossenetico matrimoniale*», in *Riv. dir. matr.*, 1953, 15-21.
- LONGO, «*Del contratto immorale e del mandato ad esso relativo*», in *Giur. it.*, 1901, I, 89-106.
- LOTMAR, *Der unmoralische Vertrag, insbes. nach gemeinem Recht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1896.
- MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, Giuffré, 1999.
- MALAURIE, AYNÈS, *Cours de droit civil, Obligations, contrats et quasi contrats*, Paris, Cujas, 2001/2002.
- MALAURIE, *Rapport général, La notion de l'ordre public et des bonnes mœurs dans le droit privé*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Montréal, 1956.
- MALINVAUD, *Droit des obligations*, Paris, Litec, 2005.
- MARELLA, «*The old and the new limits of the freedom of contract in Europe*», in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2, 2006, 257-274.
- MARELLA, «*Il fondamento sociale della dignità umana*», in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 67-103.
- MASCIANGELO, «*La contrarietà al buon costume di contratti illegali o vietati*» (Nota a Cass. sez. III civ. 21 aprile 2010, n. 9441), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, fasc. 11, 1155-1159.
- MAVIDAL, LAURENT e al., *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs & politiques des chambres françaises*, 2 série, Paris, Dupont, 1869.
- MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, Cowansville, Yvon Blais, 1994, 2007.
- MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, Giuffré, 1944.
- MIGNAULT, *Droit civil canadien*, Théoret, Montréal, 1897.
- MIGNAULT, *Le Code civil au Canada, Le code civil à l'étranger*, in *Livre du Centenaire*, Paris, Dalloz, 1904, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Code ci-*

- vil du Québec, Commentaires du Ministre de la Justice*, Montréal, DAFCO, 1995.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Code civil du Québec, Projet de loi 125, Commentaires détaillés sur les dispositions du projet*, Québec, Le Ministère, 1991.
- MIRABELLI, *Delle obbligazioni*, Torino, UTET, 1957-1958.
- MOREL, *La codification devant l'opinion publique de l'époque, Livre du Centenaire du Code civil* (I), textes réunis par Boucher e Morel, Montréal, P.U.M., 1970.
- MORIN, «*Des juristes sédentaires? L'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du Code civil du Bas Canada, 1876-1984*», in (2000) 60 *R. du B.*, 247-386.
- MORIN, «*Portalis c. Bentham? Les objectifs assignés à la codification du droit civil et du droit pénal en France, en Angleterre et au Canada*», in *Commission du droit du Canada, La législation en question*, Ottawa, Commission du droit du Canada, 2000, 139-217.
- MOROZZO DELLA ROCCA, voce *Prestazione (negoziabilità della)*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 2003, 1-18.
- MOSCATI, *Del Pagamento dell'indebito*, in *Commentario al codice civile Scialoja Branca, Libro quarto, Delle Obbligazioni art. 2028-2042*, Bologna, Zanichelli, 1981.
- MOTTA, *La causa delle obbligazioni nel diritto civile italiano*, Torino, Fratelli Bocca, 1929.
- MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum BGB für das deutsche Reich*, I, Berlin, Aalen, 1899.
- NIBOYET, «*La question d'un nouveau code civil en France*», in *Tul. Law Review*, 29, 1954-1955, 254-268.
- NICOLUSSI, voce *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir.*, Milano, 2011, 133-152.
- NIORT, «*Le Code civil face aux défis de la société moderne: une perspective comparative entre la révision française de 1904 et le nouveau Code civil du Québec de 1994*», in 39 *McGill L.J.* 845 1993-1994, 846-876.
- NIVARRA, voce *Obbligazione naturale*, in *Digesto disc. priv.*, XII, 1995, 366-390.
- NORMAND, «*La culture juridique et l'acculturation de droit: le Québec*», Rapport au XVIII Congrès international de droit comparé, Washington, D.C. 2010, in *Isaidat Law Review*, (2011) Volume 1 – Special Issue, Article 23, 1-48.
- NORMAND, «*Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec: La sauvegarde de l'intégrité du droit civil*», (1986), 32 *Mcgill L.J.*, 559-601.
- NUZZO, voce *Negozio giuridico Negozio illecito*, in *Enc. Giur.*, XX, 1990, 1-10.
- OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec, Vol. I, Projet du Code civil*, Editeur officiel Québec, 1978.
- OPPETIT, *Ethique et vie des affaires*, in *Mélanges A. Colomer*, Litec, Paris, 1993.

- PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Torino, UTET, 1929.
- PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. IV, parte speciale: *delle obbligazioni in generale, donazioni, contratti di matrimonio*, Firenze, Cammelli, 1886.
- PANDOLFELLI, SCARPELLO, STELLA RICHTER, DALLARI, Segretari della Commissione Ministeriale per la riforma del Codice civile, *Codice civile, Libro delle Obbligazioni illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione e transitorie*, Milano, Giuffrè, 1942.
- PANZA, «L'antinomia tra gli artt. 2033 e 2035 c.c. nel concorso fra illegalità e immoralità del negozio», in *Riv. trim. dir. proc.civ.*, 1971, fasc. 4, 1174-1215.
- PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, Jovene, 1973.
- PASSAGNOLI, «Invalidità del contratto e restituzioni», in *Obbl.e contr.*, 2010, fasc. 10, 647-652.
- PATTI, «Abuso del diritto», in *Digesto priv.*, I, Torino, 1987, 1-8.
- PERRAULT A., «Ordre public et bonnes mœurs», (1949) *R.du B.* 1.
- PERRAULT J., *Des stipulations de non-responsabilité*, Montréal, Université de Montréal, 1939.
- PINEAU e GAUDET, *Théorie des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2001.
- PINEAU, BURMAN, GAUDET, *Théorie des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 1996.
- PINEAU, *Le nouveau Code civil et les intentions du législateur*, Montréal, Édition Thémis, 1999.
- PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 12 ed., Paris, LGDJ, 1952.
- PLANIOL e RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Paris, LGDJ, 1952.
- PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, Paris, 1915.
- PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, Paris, 1924.
- POTHIER, *Traité des obligations*, Paris, 1832.
- POTHIER, *Traité des obligations*, trad. di W. D. Evans, *A treatise on the law of obligations*, London, 1806.
- PRESUTTI, *Alcune idee intorno alla causa della obbligazione nei contratti*, in *Giur. it.*, IV, 1889, 33-68.
- PROTETTÌ, voce *Buon costume*, in *Noviss. Dig. It.*, II, Torino, UTET, 1958, 593-596.
- PUFENDORFF, *Il diritto della natura e delle genti*, Venezia, Giovan Battista Almicì, 1757.
- PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1935.
- RAMELLA, *Teoria della mediazione*, Milano, SEI, 1905.
- RAYNAL, *Étude sur les conventions immorales*, Paris, Rousseau, 1900.
- REITER, «Imported books, Imported Ideas: Reading European Jurisprudence in Mid-Nineteenth-Century Quebec», in (2004) 22 *Law and History Review*, 445-492.
- RÉMILLARD, *Commentaires du ministre de la Justice*, T. I, Québec, Les Publications du Québec, 1993.
- RESCIGNO, «In pari causa turpitudinis», in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 1-57.
- RESTA, «La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti alla dignità (nota a margine della Carta dei diritti)», in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 801-848.

- RESTA, *Contratto e persona*, in *Trattato del contratto* diretto da ROPPO, VI, *Interferenze*, a cura di Vincenzo Roppo, Milano, Giuffrè, 2006.
- RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, UTET, 2006.
- RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, T. VI, Torino, UTET, 1907.
- RIPERT, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in *Mélanges en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1934.
- RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1925.
- RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, Durand-Auzias, 1936.
- RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1949.
- RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, Durand-Auzias, 1955.
- RIPERT e BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*, Paris, LGDJ, 1957.
- ROBLES, «Rilevanza del buon costume nel diritto provato attuale», in *Riv. dir. priv.*, 2010, fasc.4, 83-120.
- RODOTÀ, «Ordine pubblico o buon costume?», in *Giur. mer.*, 1970, 1, 104-109.
- RODYS, *Cours élémentaire de Droit Civil français et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1956.
- ROLAND-BOYER, *Adages du Droit Français*, Paris, Litec, 1992.
- ROLLAND, *La liberté morale et l'ordre publique*, Thèse, Paris II, 1976.
- ROPPO, *Il contratto*, Bologna, Il Mulino, 1977.
- ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* diretto da IUDICA e ZATTI, Milano, Giuffrè, 2011.
- ROSELLI, *Il controllo della Cassazione Civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, Jovene, 1983.
- SABBATH, «Denial of restitution in Unlawful Transactions, A Study in Comparative Law with Special Reference to English and French Law (*In pari delicto potior est condition defendentis*)», Part I, in *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 8, n. 3, (Jul., 1959), 486-505.
- SABBATH, «Denial of restitution in Unlawful Transactions, A Study in Comparative Law with Special Reference to English and French Law (*In pari delicto potior est condition defendentis*)», Part II, in *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 8, n.4 (Oct., 1959), 689-706.
- SACCO-DE NOVA, *Il Contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da SACCO, T. II, Torino, UTET, 1 ed., 1975, 3 ed., 2004.
- SAIGET, *Le contrat immoral*, Paris, Jouve & Cie, 1939.
- SAEILLES, *De la déclaration de volonté: contribution a l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand: art. 116 a 144*, Paris, LGDJ, 1929.
- SAVATIER, «L'ordre public économique», in *Rec. Dalloz* 1965, *chron.* VI, 37-44.
- SAVIGNY, *Le obbligazioni*, vol. II, trad. Giovanni Pacchioni, Torino, UTET, 1915.
- SCALISI, «Contratto e regolamento nel piano di azione delle nullità di protezione», in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 489-511.

- SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano, Vallardi, 1961.
- SELJAK, «*Why the Quiet Revolution was «Quiet: The Catholic Church's Reaction to the Secularization of Nationalism in Quebec after 1960»*», in *Canadian Catholic Historical Association, Historical Studies*, 62 (1996), 109-124.
- SENN, *Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, Les sources des diverses branches du droit*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1934, 53-67.
- SESTA, «*Norme imperativa, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?»*», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, fasc. 3, 203-213.
- SIMITIS, *Gute Sitten und ordre public. Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB*, Marburg, 1960.
- SOUS-COMMISSION DES INSTITUTIONS, *Étude détaillée du projet de loi 125 – Code civil du Québec, 18 septembre 1991 N. 11, (9)*, in *Journal des Débats, Commissions parlementaires, Assemblée Nationale, première session, XXXIVème législature, Québec*.
- STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1947.
- STRAHAN, *The Civil Law in Its Natural Order, Together with the Public Law, written in French by Jean Domat, with Additional Remarks on Some Material Differences between the Civil Law and the Law of England*, con aggiunte, London, D. Midwinter. A. Bettesworth and C. Hitch, 1737.
- TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009.
- TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976.
- TERRÈ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 1999.
- TETLEY, «*Mixed jurisdictions: common law vs civil law (codified and uncodified)*», in (2000) 60 *La. L. Rev.*, 677-739.
- TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2011.
- TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, T. III, Bruxelles, Société Typographique Belge, 1847.
- TRABUCCHI, voce *Buon costume*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, Giuffrè, 1959, 700-706.
- TREITEL, *The law of contract*, London, Stevenson and Sons, 1970.
- TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1973, 10 ed. 1995, 17 ed. 2007.
- TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, vol. I, Montréal, Wilson & Lafleur, 1942, vol. 7, Montréal, Wilson & Lafleur, 1946.
- TZARANO, *Étude sur la règle: nemo auditor propriam turpitudinem allegans*, Paris, Duchemin, Chauny et Quinsac, 1926.
- VETTORI, *Diritto dei contratti e «Costituzione» europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, Giuffrè, 2005.
- VILLAUME *Commentaire analytique du Code Napoléon*, Paris, Cotillon Durand, 1855.

- WALTON, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas Canada* (intr. e trad. Tancelin), Butterworths, Toronto, 1980.
- WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. Fadda e Bensa, Torino, UTET, 1930.
- ZENO-ZENCOVICH, «*Sex and the contract: dal mercimonio al mercato*»; in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, fasc. 4, 1191-1227.

Nella stessa collana:

nuova serie

1. *Valori e principi del diritto romano. Atti della Giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni (Torino, 12 ottobre 2007)*, a cura di Andrea Trisciuglio, 2009.
2. *La dimensione tacita del diritto*, a cura di Raffaele Caterina, 2009.
3. *L'identità plurale della filosofia del diritto. Atti del XXVI Congresso della Società Italiana di Filosofia del Diritto (Torino, 16-18 settembre 2008)*, a cura di Patrick Nerhot, 2009.
4. *Convenzione europea sui diritti dell'uomo: processo penale e garanzie*, a cura di Rosanna Gambini e Margherita Salvadori, 2009.
5. *La funzione giurisprudenziale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario. Atti dell'Incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche - VII Edizione, Torino 9-10 ottobre 2009*, a cura di Alberto Oddenino, Elisa Ruozi, Annamaria Viterbo, Lorenza Mola, Francesco Costamagna e Ludovica Poli, 2010.
6. *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, a cura di Stefano Sicardi, 2010.
7. *I diritti sociali come diritti della personalità*, a cura di Roberto Cavallo Perin, Leonardo Lenti, Gabriella M. Racca e Alessandra Rossi, 2010.
8. GIANLUCA RUGGIERO, *Gli elementi soggettivi della tipicità. Indagine sugli elementi normativi soggettivamente pregnanti della fattispecie penale*, 2011.
9. *La lezione di Leopoldo Elia*, a cura di Mario Dogliani, 2011.
10. SERGIO DELLAVALLE, *Dalla comunità particolare all'ordine universale*, vol. I, *I paradigmi storici*, 2011.
11. *Le autonomie territoriali e funzionali nella provincia di Cuneo in prospettiva transfrontaliera (alla luce del principio di sussidiarietà)*, in corso di stampa.
12. GIORGIO LOMBARDI, *Scritti scelti*, 2011.
13. GEO MAGRI, *La circolazione dei beni culturali nel diritto europeo: limiti e obblighi di restituzione*, 2011.
14. LUDOVICA POLI, *La responsabilità di proteggere e il ruolo delle organizzazioni internazionali regionali. Nuove prospettive dal continente africano*, 2011.
15. *Partecipazione, accesso e giustizia nel diritto ambientale*, a cura di Adolfo Angeletti, 2011.
16. FRANCESCO COSTAMAGNA, *I servizi socio-sanitari nel mercato interno europeo. L'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di concorrenza, aiuti di Stato e libera circolazione dei servizi*, 2011.
17. MARIA BORRELLO, *Sul giudizio. Verità storica e verità giudiziaria*, 2011.
18. SIMONA NOVARETTI, *Le ragioni del pubblico: le azioni nel pubblico interesse in Cina*, 2011.
19. NADIA COGGIOLA, *Alla ricerca delle cause. Uno studio sulla responsabilità per i danni da amianto*, 2011.
20. MARIO DEGANELLO, *Contributo allo studio dei termini processuali penali*, 2012.

21. ANNA FENOGLIO, *L'orario di lavoro tra legge e autonomia privata*, 2012.
22. *Problemi e prospettive delle corti supreme: esperienze a confronto*, a cura di Chiara Besso e Sergio Chiarloni, 2012.
23. *Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico*, a cura di Patrizia Macchia, 2012.
24. *Extracting Value From Public Sector Information: Legal Framework and Regional Policies*, a cura di Marco Ricolfi e Cristiana Sappa, in corso di stampa.
25. LORENZO BAIRATI, *La responsabilità per fatto del giudice in Italia, Francia e Spagna, fra discipline nazionali e modello europeo*, 2013.



Questo volume è stato impresso
nel mese di dicembre dell'anno 2013
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli
Stampato in Italia / Printed in Italy

Per informazioni ed acquisti

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli

Tel. 0817645443 - Fax 0817646477

Internet: www.edizioniesi.it

