

ISSN 1123-1025

RIVISTA CRITICA DEL DIRITTO PRIVATO

# RIVISTA CRITICA DEL DIRITTO PRIVATO

Anno XXVII - 4  
Dicembre 2009  
Trimestrale

**Matrimonio same-sex e sistemi di diritto di famiglia**

**HALLEY**

LA COSTRUZIONE DEL SISTEMA DELLE RELAZIONI DI COPPIA

**BARSOTTI**

UNIONI TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO  
DIRITTI E FEDERALISMO

**BENEDETTI**

TUTTO CIÒ CHE È REALE È... NATURALE?

**PIEPOLI**

«STATUTO» DEI PARTITI E ASSOCIAZIONI

**MESSINETTI**

IL "FALSO" PROBLEMA NORMATIVO  
DELLA GIUSTIZIA CONTRATTUALE

**TERLIZZI**

BUON COSTUME E PLURALISMO SOCIALE

**CRUCIANI**

CLAUSOLE ABUSIVE E CORTE DI GIUSTIZIA

JOVENE EDITORE NAPOLI

4/2009

DIREZIONE

Stefano Rodotà (direttore) - Rosalba Alessi - Guido Alpa - Mario Barcellona - Angelo Belfiore - Andrea Belvedere - Mario Bessone - Umberto Breccia - Francesco Donato Busnelli - Guido Calabresi - Bruno Caruso - Carlo Castronovo - Paolo Cendon - Giorgio De Nova - Vittorio Denti - Adolfo di Majo - Duncan Kennedy - Lucio Francario - Alfredo Galasso - Francesco Galgano - Carlo Alberto Graziani - Bruno Inzitari - Mario Libertini - Ugo Mattei - Salvatore Mazzamuto - Cosimo M. Mazzoni - Davide Messinetti - Gustavo Minervini - Pier Giuseppe Monateri - Roberto Pardolesi - Andrea Proto Pisani - Pietro Rescigno - Enzo Roppo - Oberdan T. Scozzafava - Spiritos Simitis - Michele Taruffo - Giuseppe Tucci - Roberto Weigmann - Paolo Zatti

COORDINAMENTO

Maria Rosaria Marella - Giovanni Marini - Massimiliano Atelli - Andrea Orestano

SOMMARIO

SAGGI

MATRIMONIO SAME-SEX E SISTEMI DI DIRITTO DI FAMIGLIA

- 515 J. Halley, *Note sulla costruzione del sistema delle relazioni di coppia. Un saggio di realismo giuridico*  
567 V. Barsotti, *Le unioni tra persone dello stesso sesso negli Stati Uniti. Questioni di diritti e di federalismo*  
589 A.M. Benedetti, *Tutto ciò che è reale è... naturale? Riflessioni sull'art. 29, 1° comma, Cost.*

- 601 G. Piepoli, *«Statuto» dei partiti e disciplina delle associazioni non riconosciute*  
615 R. Messinetti, *Il "falso" problema normativo della giustizia contrattuale*  
629 G. Terlizzi, *La nozione del buon costume e le sfide del pluralismo sociale*

RASSEGNA CRITICA DI GIURISPRUDENZA

- 655 L. Cruciani, *Clausole abusive e tutela (solo procedurale?) del consumatore: le ultimissime dalla Corte di Giustizia*

serve a correggere un effetto che viene valutato dalla legge come distorsivo rispetto al funzionamento fisiologico non del mercato in sé, ma dello specifico modello di mercato accolto è ordinato dal diritto e dal paradigma dello scambio che esso prefigura. Sicché, il diritto «vuole» ciò che le parti hanno voluto e, dunque, (vuole) anche lo squilibrio a condizione che questo non sia il risultato dell'abuso.

Quindi, la tecnologia che realizza l'intervento correttivo della legge non è centrata sull'equilibrio dello scambio, né sulla volontà contrattuale, ma sulla forma procedurale dell'esercizio del potere autoregolativo dei privati: il divieto dell'abuso, infatti, operando secondo il codice illecito-illecito, funziona come modello di esclusione di condotte sleali dal mercato<sup>29</sup>. In altri termini, parte da un indicatore sostanziale, ma finisce – pur sempre – per implicare un controllo sull'interazione comunicativa che produce l'accordo, in ragione della sua efficienza in un mercato concorrenziale. Questo assetto emerge dalla struttura del rapporto tra gli elementi essenziali della fattispecie e perciò ha un valore informativo fondamentale. Evidenzia infatti un punto di contatto tra l'interesse generale della comunità giuridica e l'interesse individuale del soggetto «debole» del mercato: il primo guarda alla stabilità e alla riproducibilità del sistema e, in questo senso, si interessa ai modelli del suo funzionamento; il secondo si volge alla esplicazione del potere di autonomia e all'espressione di una volontà negoziale al riparo dall'abuso. La norma imperativa, in tal modo, si indirizza anche ad una finalità di protezione<sup>30</sup>, producendo una importante conseguenza sul piano rimediabile: il collegamento della fattispecie del contratto usurario al «nuovo» contesto delle nullità speciali<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> D. Messinetti, *Abuso del diritto*, cit., 10.

<sup>30</sup> S. Mazzamuto, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in «Diritto Europeo», 1998, I, 45 ss.

<sup>31</sup> Come è noto, trova una efficace spiegazione in quest'ambito anche la soluzione prefigurata dall'art. 1815, comma 2, cod. civ. per il quale «Se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi». In tale ipotesi, infatti, la trasformazione del tipo contrattuale (G. Bonilini, *La sanzione civile dell'usura*, in «Contratti», 1996, 223 ss.) implicata dalla trasformazione della causa da onerosa a gratuita passa attraverso il modello della nullità parziale necessaria (M. Rabitti, *Contratto illecito e norma penale. Contributo allo studio della nullità*, Milano, 2000, 259 s.), con la conseguente disapplicazione dell'art. 1419, comma 1, cod. civ. La ragione fondamentale che sorregge questo modello è l'idea che tale norma non possa essere applicata quando la sua eventuale applicazione porterebbe a frustrare la finalità di tutela perseguita attraverso la nullità. Importante, in questa prospettiva, l'osservazione di S. Mazzamuto, *Brevi note in tema di conservazione e caducazione del contratto in dipendenza della nullità della clausola abusiva*, in «Contr. Impresa», 1994, 1097 ss., secondo cui il presupposto che giustifica la norma dell'art. 1419, comma 1, cod. civ. è la parità dei contraenti nella determinazione del contratto, cioè nella valutazione del rapporto che questo istituisce tra costi e benefici dell'operazione economica: situazione che nella fattispecie considerata non sussiste per definizione.

## La nozione del buon costume e le sfide del pluralismo sociale

Giulia Terlizzi

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La nozione di buon costume nella «Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano» di Francesco Ferrara. – 3. Concezione sociologica e funzione moralizzatrice del buon costume: Demogue e Ripert a confronto. – 4. Il buon costume e la morale cristiana nel pensiero di Alberto Trabucchi. – 5. Limiti quantitativi e qualitativi della clausola del buon costume. L'inevitabile giuridicizzazione della clausola del buon costume nel pensiero di Giovan Battista Ferri e di Stefano Rodotà. – 6. Il buon costume in una società pluralista. Il pensiero di Rodolfo Sacco. – 7. La clausola del buon costume come limite all'autonomia privata: una ricostruzione e una riflessione critica.

1. Questo articolo intende ricostruire la nozione del buon costume come limite all'autonomia privata nel pensiero di alcuni civilisti italiani e francesi, identificando il contenuto della clausola ed il ruolo attribuitole all'interno dell'ordinamento giuridico.

La ricerca si svolgerà sul piano delle ricostruzioni teoriche proposte dalla dottrina, senza addentrarsi nella casistica<sup>1</sup>.

La ragione dell'indagine sta nella circostanza che la clausola, poiché ricorre al termine «costume», è contraddistinta da un contenuto elastico, volutamente lasciato indefinito dal legislatore.

Se tutti sono convinti che il rinvio al buon costume apre il diritto ad una realtà elastica e mutevole nel tempo, sfugge tuttavia la percezione che sulla stessa nozione di buon costume non vi è accordo. I vari autori adottano concezioni fondamentalmente diverse e queste concezioni fondamentalmente diverse mutano nell'arco del tempo. Esse riflettono visioni diverse dei rapporti tra diritto e morale, e dei rapporti tra individuo e società.

Un elemento di particolare interesse, nella riflessione civilistica in tema di buon costume, è rappresentato dal modo in cui i diversi autori si sono confrontati con il problema del pluralismo sociale. In una società come l'attuale, caratterizzata da continui mutamenti culturali e da una forte disomogeneità, la valvola di sfogo dei «buoni costumi» – usata dal giudice in passato per richiamarsi a valori e principi che, sebbene non espressamente formulati, erano comunque accolti e riconosciuti con più facilità ed omogeneità dalla pluralità dei cittadini – pare ormai impraticabile. Sembra che l'applicazione della clausola del buon costume,

<sup>1</sup> Per una rassegna delle principali applicazioni della clausola del buon costume si vedano Sacco e De Nova, *Il Contratto*, in *Trattato di diritto civile*, UTET, Torino, 2004; tomo II, 69 ss.; Di Marzio, *La nullità del contratto*, Cedam, Padova, 2008, 238 ss.

in un bacino valoriale variegato come quello attuale, porti o a irrigidire una clausola che dovrebbe essere uno strumento di respiro per il giudice, o a svuotarne totalmente la portata e la funzione.

Definiti gli scopi della ricerca occorre precisare l'area e i confini entro cui procedere.

I "buoni costumi" devono il loro ingresso nel nostro ordinamento alle "bonnes moeurs" menzionate nell'art. 1133 del Code Napoléon, il quale è stato recepito dapprima nell'art. 1122 del codice civile del 1865, e poi nell'art. 1343 del codice attuale.

La presente indagine procederà raffrontando il pensiero di alcuni civilisti italiani e francesi sulla nozione del buon costume nel diritto privato e sul rapporto tra morale e diritto. Gli autori sono stati selezionati secondo due principali criteri: l'uno di ordine teorico, l'altro di ordine storico.

Sotto il primo profilo, si constaterà come, nelle riflessioni degli autori selezionati, emergono tutti i principali nodi problematici della nostra materia. Il secondo criterio risponde invece all'intento di fornire un quadro storico degli sviluppi di questa clausola in un arco di tempo definito: il '900.

Gli autori tedeschi non sono stati presi in esame perché, mentre la sistematica adottata in area franco-italiana riannoda l'illicitezza della causa del contratto alla contrarietà a "norme imperative-ordine pubblico-buon costume", in area tedesca si adotta il sistema della bipartizione "norme imperative-buon costume"<sup>2</sup>. Si è quindi limitata l'attenzione agli autori francesi e italiani, poiché la presenza della differente clausola dell'ordine pubblico può influenzare la riflessione in tema di buon costume.

2. Alla clausola del buon costume quale limite all'autonomia privata Francesco Ferrara dedica uno spazio di riflessione considerevole nella sua opera *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*.

In tale studio, Ferrara qualifica la norma contenente la nozione di buon costume nel diritto civile 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 d'un concetto recepito dalle varie legislazioni attraverso la tradizione storica ed «equivalente a quello di moralità pubblica, di

<sup>2</sup> Per un panorama comparatistico confronta A. Guarneri, *Buon costume*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, vol. II, IV ed., 121-127.

<sup>3</sup> Ferrara, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, SEI, Milano, 1914, 26.

coscienza morale sociale, di un dato popolo e in un dato tempo»<sup>3</sup>. La legislazione, in tal modo, si mette sullo stesso piano dello sviluppo morale del popolo, «si che man mano che questo progredisce e si eleva, quella senza sforzo lo seconda»<sup>4</sup>.

La concezione accolta da Ferrara è quella di una 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»<sup>5</sup>.

La moralità, dal momento che si sviluppa parallelamente allo sviluppo intellettuale ed etico della società, «è necessariamente variabile, e quindi diversa secondo i popoli e secondo i tempi»<sup>6</sup>. È sufficiente osservare la realtà da un punto di vista diacronico per rendersi conto che negozi reputati immorali un tempo, possono nell'attualità essere considerati del tutto leciti.

A quale morale dovrà ispirarsi il giudice? Egli, secondo Ferrara, non dovrà ispirarsi alla morale antica, o romana o medievale, ma dovrà ispirarsi alla morale attuale, presente. Non si può arrestare a duemila anni fa, né può precedere i tempi e adottare una morale che l'autore definisce "futurista" o "dell'avvenire". Si tratta della morale che sgorga dalla vita reale, palpitante. Il diritto dunque asseconda la coscienza morale del popolo.

Si badi che il dato che si esamina ha natura non già teorica, ma pratica; esso è infatti la morale sentita e messa in pratica dalla generalità dei cittadini. Ne consegue che per stabilire se un'azione è o meno immorale non si deve far riferimento alla morale di un culto religioso, come può essere quello cristiano o maomettano o buddhista, ma occorre fare riferimento a una morale praticata indistintamente da tutta la massa del popolo. L'autore, nell'attento lavoro di caratterizzazione di questa morale sociale, precisa che essa non può essere una morale internazionale o derivante dal confronto con altre legislazioni, ma deve essere una morale locale, perché è questa quella protetta dalla legge<sup>7</sup>. Il giudice dovrebbe interessarsi poi non a una morale specializzata (distinta secondo il sesso, lo stato o la classe sociale) ma a una morale comune. Pur essendo ovvio che gli individui sentono l'offesa alla moralità secondo un grado diverso di educazione e di cultura, queste "diversità e sfumature si perdono guardandole a distanza, e da lontano non si

<sup>4</sup> *Ivi*, 5.

<sup>5</sup> *Ivi*, 27.

<sup>6</sup> *Ivi*, 31.

<sup>7</sup> Cfr., Ferrara, *op. cit.*, 83.

scorge che una sola linea, eguale ed uniforme che è il carattere morale comune»<sup>8</sup>.

L'autore si pone in netto contrasto con quegli autori tedeschi<sup>9</sup> che, considerata la lettera dell'espressione buoni costumi, spiegano il concetto «come la risultante del *costume* qualificato come *buono*, per cui sotto tale espressione debbano intendersi le *buone usanze*»<sup>10</sup>. In questo scenario, la legge dovrebbe reprimere quelle convenzioni sconvenienti, quelle abitudini disapprovate dalla società perché contrarie alle «buone costumanze della società»<sup>11</sup>. Occorre invero distinguere l'*immoralità* dalla semplice *indelicatezza* o dalla *scorrettezza* di un contegno. La legge intende combattere solo quelle azioni che, in quanto turpi e inique, «producono uno strappo al senso morale della società»<sup>12</sup>, 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»<sup>13</sup>. Per l'autore, l'impostazione criticata risulta inconciliabile con il fondamento logico della norma e con la sua origine, dal momento che si verrebbe a stravolgere la sicurezza dei negozi, con una conseguente limitazione dello spazio lasciato alla libertà negoziale. Ferrara respinge anche la concezione di buon costume inteso come «diritto retto» secondo la definizione datane da Stammler<sup>14</sup>, poiché è molto difficile che un legislatore moderno voglia «far dipendere la validità dei negozi da un incerto concetto filosofico di recente coniazione»; e scarta, da ultimo, anche la teoria di coloro che restringono il campo della morale alla morale sessuale<sup>15</sup>.

In base a quali criteri si fonderà il giudizio sulla moralità o meno, e sulla connessa liceità o illiceità di determinati negozi? Il giudizio sull'immoralità o meno di un negozio è per l'autore 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 mo-

<sup>8</sup> Ferrara, *op. cit.*, 29.

<sup>9</sup> L'autore fa riferimento a: Hölder, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C. H. Beck, München, 1896, 304; Leonhard, *Der Allgemeine Theil des Bürgerlichen Gesetzbuch: in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft*, Guttentag, Berlin, 1900, 373; Endemann, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts: Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuchs*, C. Heymanns, Berlin, 1899, I, 602.

<sup>10</sup> Ferrara, *op. cit.*, 26.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> Ferrara, *op. cit.*, 30.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> L'autore fa riferimento a: Stammler, *Die Lehre von dem Richtigen Rechte*, Guttentag, Berlin 1902, 46 e 410.

<sup>15</sup> Il riferimento è a: Ratto, *Le condizioni e clausole immorali nel contratto di lavoro*, in "Legge" 1897, 2, 606.

rale 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»<sup>16</sup>.

Per quanto riguarda la determinazione del 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 ad impedire, a reagire e ridurre l'immoralità che per svolgersi si serva dei mezzi giuridici»<sup>17</sup>.

Se singoli autori postulano una netta separazione tra morale e diritto, l'autore si mostra contrario alla rigidità e all'assolutezza della contrapposizione. Egli muove dall'affermazione che tra morale e diritto vi è sempre stata una forte connessione, come emergerebbe in modo palese già dall'evoluzione delle prime società e culture, nelle quali morale diritto e religione sarebbero fattori «impastati» l'uno con l'altro. Con l'evolversi e lo sviluppo dei popoli sarebbe poi avvenuta una graduale separazione; ma questa non libererebbe i due sistemi da un nucleo comune: «l'essere entrambi volti ad indirizzare e guidare le azioni individuali in certe direzioni e secondo una certa misura, affinché siano raggiunti i fini della sociale convivenza»<sup>18</sup>. Ispirandosi a questa comune origine, Ferrara ritiene poi che tra queste norme utili a regolare i rapporti sociali, alcune siano state riconosciute necessarie alla vita sociale e sanzionate dal potere costituito (le leggi e le regole giuridiche); e altre, sebbene riconosciute socialmente utili, siano invece rimaste libere da coazione: sono queste le leggi morali.

La morale, secondo l'autore, altro non è che l'utilità sociale. Il diritto è quella parte di morale che, in quanto più essenziale alla convivenza sociale esternamente esplicata, assume carattere obbligatorio<sup>19</sup>. Non c'è dunque una differenza sostanziale tra diritto e morale, la sola differenza riscontrabile risiede nell'effetto più o meno rilevante che tali regole hanno sulla società e, di conseguenza, sulla forma dei mezzi che si adoperano per assicurare la loro esecuzione. Non c'è una differenza di natura, quindi, ma di mezzi.

All'interno di questo rapporto tra il diritto e la morale, l'attività del diritto è circoscritta a impedire e a ridurre l'immoralità. Compito del diritto non è dunque quello di imporre la moralità

<sup>16</sup> Ferrara, *op. cit.*, 34.

<sup>17</sup> *Ivi*, 27.

<sup>18</sup> *Ivi*, 5.

<sup>19</sup> Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Arthur Rousseau Editeur, Paris, 1911, 13.

ma di condannare l'immoralità. Lo stesso autore afferma che «la particolare condotta protettiva che il diritto 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»<sup>20</sup>.

L'autore con riguardo alla portata giuridica della clausola del buon costume, afferma, in sintesi, che «la morale che deve formare il criterio per il giurista e per il magistrato non è la morale passata o futura, ma la morale presente, non la morale teorica, ma la morale pratica, non la morale religiosa, ma la morale civile, non la morale internazionale, ma la morale locale, non la morale individuale, ma la morale obbiettiva e generale»<sup>21</sup>.

Per quel che concerne la distinzione tra la clausola del buon costume e l'ordine pubblico Ferrara giunge a definire l'ordine pubblico come «regolamento della società, disposizione delle persone, delle corporazioni, delle autorità pubbliche nella società»<sup>22</sup>. L'ordine pubblico secondo Ferrara «risulta dalle leggi d'interesse generale, cioè dal diritto coattivo nel suo complesso», e l'autore afferma che «l'interesse della società, astratto, non poggiato su un testo positivo di diritto, è senza influenza sulla validità delle convenzioni»<sup>23</sup>. 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»<sup>24</sup>.

3. Nella dottrina francese è ben rappresentata una visione cosiddetta "sociologica" che riconnette l'idea di buon costume a una osservazione meramente fattuale delle prassi o delle opinioni diffuse nella società. Uno degli autori più spesso citati a esempio di questa posizione è René Demogue, che esprime il suo pensiero sull'argomento nel voluminoso *Traité des obligations en général*, del 1923.

<sup>20</sup> Ferrara, *op. cit.*, 28.

<sup>21</sup> *Ivi*, 34.

<sup>22</sup> *Ivi*, 50.

<sup>23</sup> *Ivi*, 57.

<sup>24</sup> *Ivi*, 58.

Sono immorali i contratti contrari ai buoni costumi. Questi non si determinano a partire da un ideale religioso o filosofico, ma dai fatti e dall'opinione comune<sup>25</sup>.

Demogue non ricollega la sua nozione di buon costume ad alcuna tradizione religiosa o filosofica cui attingere per individuarne il concetto. Senza nulla concedere ad un ordine superiore, egli accenna in termini molto vaghi ai precetti morali come ad un «harmonique développement des forces sociales»<sup>26</sup> e si affida, per approvare o condannare gli atti, a due strumenti: le leggi e i costumi.

Occorre dunque guardare all'opinione comune, e a questa soltanto, per recuperare la nozione di buoni costumi. È l'opinione che crea i buoni costumi, il diritto non deve far altro che assecondare l'opinione comune. Come afferma Demogue, il diritto «se constitue et se modifie lentement suivant la pensée générale du public»<sup>27</sup>.

A partire da questo assunto l'autore reputa nullo l'atto quando «il contravient aux bonnes moeurs, sans qu'on ait à examiner si son auteur a vu qu'il agissait contrairement au sentiment commun»<sup>28</sup>. È quindi assolutamente irrilevante ricercare lo stato mentale di chi pone in essere l'atto per determinare ciò che è morale e ciò che non lo è. L'autore 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»<sup>29</sup>.

È l'opinione che crea la regola morale. In questo senso, secondo Demogue, un atto è valido quando l'opinione pubblica non lo condanna, anche se fosse di per sé deplorable.

Quest'ultimo passaggio si rivela di particolare interesse sotto due aspetti. Da un lato, esso esplicita la radicalità della posizione di Demogue che fa discendere i buoni costumi dall'opinione comune "tout court", senza edulcorarla o selezionarla. Dall'altro, esso rivela che l'impostazione di Demogue non necessariamente sottende 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 impossibile, ma è giuridicamente irrilevante.

<sup>25</sup> "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*, I, Paris, 1923, 30.

<sup>26</sup> Demogue, *op. cit.*, I, n. 395, 614.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Demogue, *Traité des obligations en général, Sources des Obligations*, II, Paris, 1923, n. 773 bis, 598.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

Su tutt'altro piano poggia invece la concezione dei buoni costumi nel pensiero di un altro eminente civilista francese: Georges Ripert. Nel suo *La règle morale dans les obligations civiles*, che affronta più in generale il rapporto tra la morale e il diritto, l'autore 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.

L'autore si erge a difensore della tradizione cristiana che ha intessuto le società (occidentali) dei suoi valori, e pone questa tradizione come espressione della collettività e fonte extragiuridica di valutazione di ciò che è buon costume e ciò che non lo è. Per individuare i valori secondo i quali definire la moralità o immoralità di un atto occorre quindi identificare i valori della tradizione cristiana. Anch'egli dunque afferma che il buon costume è da ricercare al di fuori della sfera del diritto, e cioè nella società. Il giurista non può dimenticare che il diritto si applica a una società umana, fondata sulla morale cristiana. Le regole imposte da tale morale sono regole volte non solamente ad assicurare il rispetto del prossimo, ma anche a perfezionare l'anima dei soggetti cui si rivolgono.

La società umana è dunque basata sulla morale cristiana, e tale morale svolge anche una funzione di "miglioramento dell'animo"<sup>30</sup> dei singoli all'interno della società.

Come potrebbe allora il diritto disinteressarsi di quelle 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?»<sup>31</sup>.

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 fargli comprendere che lo scopo non è in questo mondo, e per annunciare che il prossimo è, come lui, fatto a immagine di Dio. Ora, dal momento che questa morale ha trionfato nel mondo, pare pacifico e anche

<sup>30</sup> «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 assurer le respect du prochain, mais aussi à perfectionner l'âme (...)»: Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1925, 28.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

inevitabile per Ripert che essa faccia il suo ingresso nel diritto, modificando la disciplina delle obbligazioni<sup>32</sup>.

Il fatto stesso che i testi normativi contengano il riferimento ai "buoni costumi" prova infatti che il legislatore si è reso consapevole del bisogno di ricorrere alle regole della morale per dare completezza alle regole giuridiche.

Così come pare assurdo, al mondo d'oggi, imporre la norma giuridica in nome della morale religiosa, altrettanto irragionevole sarebbe 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 religiosa del mondo. 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»<sup>33</sup> 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»<sup>34</sup>.

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 nel suo intento, e non ha fatto emergere una sola legge generale in grado di imporsi al legislatore. L'autore si domanda come ciò potrebbe avverarsi fintanto che la scienza giuridica continua a basare il suo giudizio solo sui fatti, e finché continua a persuadersi di ricavare la nozione dei buoni costumi dalla sociologia.

Ripert denuncia una sorta di "timore" da parte degli autori che sostengono una concezione sociologica dei buoni costumi poiché essi «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»<sup>35</sup>. Avverso a un atteggiamento di cieca fiducia nell'opinione dominante, egli offre pertanto una lettura "più nobilitante" delle ipotesi 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»<sup>36</sup>. Leggendo tali affermazioni, vien facile collocare

<sup>32</sup> Ripert, *op. cit.*, 32-33.

<sup>33</sup> Ripert, *op. cit.*, 29.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> Ripert, *op. cit.*, 72.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

agli antipodi le posizioni di Ripert e Demogue: l'una a favore di una concezione autonoma della morale (identificata come morale cristiana); l'altra invece a favore di una valutazione della contrarietà ai buoni costumi come necessariamente dipendente dall'opinione sociale.

Il ricorso alla concezione sociologica rivela molto semplicemente che i giuristi hanno timore che la regola morale s'imponga nel mondo giuridico e si riveli superiore alla legge. In tal modo, infatti, la morale "giocherebbe" un ruolo normativo e potrebbe minacciare contratti che soddisfano tutte le condizioni imposte dalle leggi civili<sup>37</sup>.

Gli stessi testi del Code, riflette l'autore, non hanno potuto fare a meno di richiamare la nozione di buoni costumi, per limitare l'espansione dell'autonomia privata. La loro presenza è sufficiente a provare che il legislatore è cosciente della necessità di ricorrere alla regola morale per completare le regole normative create dal diritto<sup>38</sup>. Nell'esercizio dei suoi poteri il giudice non si accontenta di constatare i fatti, ma li qualifica.

Più precisamente, 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 vuole negare 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 così il dovere di difendere quelle regole che, durante tutti i secoli di morale cristiana si sono imposte alla società, mantendendole vive e operanti<sup>39</sup>.

L'autore porta a sostegno della sua tesi il panorama della società attuale, 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 cristiani, 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 cristiana<sup>40</sup>. Ripert non si interroga neppure sull'ipotesi di una pluralità di concezioni della morale all'interno di una stessa società. La morale sociale è una

<sup>37</sup> Cfr. Ripert, *op. cit.*, 72.

<sup>38</sup> *Ivi*, 41.

<sup>39</sup> *Ivi*, 72-73.

<sup>40</sup> *Ivi*, 30.

morale ben determinata e quasi ovvia: è la morale proveniente dalla tradizione cristiana.

4. La voce dedicata da Trabucchi alla clausola del buon costume (come limite all'autonomia privata) rivela una concezione per alcuni aspetti singolare nel panorama degli autori citati<sup>41</sup>.

Trabucchi muove da una prima e per lui essenziale precisazione: il buon costume non è un limite generico del giuridicamente lecito, ma è «concetto che viene assunto dall'etica, e non si può pensare che il diritto nella sua imperatività subordini ad una valutazione morale la completa determinazione del campo del lecito»<sup>42</sup>. 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»<sup>43</sup>.

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 autori<sup>44</sup>, 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, invece, la finalità di impedire atti di autonomia negoziale in contrasto con i «canoni fondamentali della pubblica moralità»<sup>45</sup>.

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", ma piuttosto quella di impedire che si legittimi l'immoralità; «non è [quindi] vero, neppure in parte, che la morale divenga

<sup>41</sup> Cfr. Trabucchi, *Buon Costume*, in «Enc. dir.», V, 1959, 700-706.

<sup>42</sup> *Ivi*, 700.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> Si vedano Ferrara, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914; Sacco e De Nova, *Il Contratto, Trattato di diritto civile*, UTET, Torino, 2004; Ferri, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Giuffrè, Milano, 1970; contra Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. II, Firenze, 1876; Rodotà, *Ordine pubblico o buon costume?*, in «Giur. mer.», 1970, I, 104-109.

<sup>45</sup> Trabucchi, *op. cit.*, 700.



diritto, come vorrebbero in generale i moderni seguaci della teoria pura del diritto in tutti questi casi di riferimento delle norme a nozioni extragiuridiche»<sup>46</sup>; 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; è infatti solo l'immoralità che può riguardare un rapporto giuridico quella di cui si occupa il diritto.

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 cristiana. 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.

L'autore riconosce 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 prende 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»<sup>47</sup>. Fin qui pare non esserci nessuna differenza con la teoria sociologica "più dura", che prevede il rinvio alla morale pubblica *tout court* valutata su parametri "statistici". Trabucchi ammette 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»<sup>48</sup>, poiché 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".

Alla concezione sociologica della morale se ne contrappone una ideale, proposta e perseguita soprattutto dalla dottrina francese<sup>49</sup>. In questa seconda concezione al legislatore verrebbe rico-

<sup>46</sup> *Ivi*, 700-701.

<sup>47</sup> *Ivi*, 702.

<sup>48</sup> Trabucchi, *op. cit.*, 703.

<sup>49</sup> L'autore fa riferimento a: Domat, *Traité des Lois*, Paris, 1828, 1-6.

nosciuto il compito di affermare una morale ideale, capace di indirizzare la vita sociale verso un miglioramento dei costumi, anche dal punto di vista etico.

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*, e non 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»<sup>50</sup>. 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»<sup>51</sup>, cosicché se, ad esempio, si approvasero 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»<sup>52</sup>; 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 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 evidente<sup>53</sup>. Non si modifica la morale, se mai si modificano i criteri di adeguazione alla vita. L'autore fa notare che

<sup>50</sup> Trabucchi, *op. cit.*, 703.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> Cfr. Ferrara, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914.

«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»<sup>54</sup>. E, aggiunge, «questo vale specialmente in quei campi nei quali la morale si riferisce ad un costume di vita»<sup>55</sup>. 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 fa coltizza un ulteriore rinvio della morale al costume. Non è il diritto che rinvia ai costumi di vita, è la morale che può, se ritiene, 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. Pare quindi che si possa in tal modo far uscire il costume dalla porta, per poi farlo rientrare dalla finestra. 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 un carattere “soggettivo”, in quanto reputa che il concetto di violazione morale sia legato al dovere, e 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»<sup>56</sup>.

In sintesi la clausola del buon costume ha per Trabucchi 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. Anch'egli sostiene che il diritto attinga dalla morale sociale, ma – e qui si riscontra la singolarità del pensiero dell'autore – la morale sociale coincide con la 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

<sup>54</sup> Trabucchi, *op. cit.*, 703.

<sup>55</sup> *Ibidem.*

<sup>56</sup> Trabucchi, *op. cit.*, 704.

*boni homines*, bensì a quel complesso di norme etiche, che, per l'essenza stessa della civiltà in cui viviamo è rappresentato dalla morale cristiana»<sup>57</sup>.

5. Nel volume *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, pubblicato nel 1970, il pensiero di Giovan Battista Ferri prende forma e sostanza attraverso un lungo excursus tra le concezioni di altri civilisti italiani e stranieri.

Non intendo qui ricostruire tutti i passaggi dell'ampia riflessione condotta da Giovan Battista Ferri<sup>58</sup>, desiderando piuttosto evidenziare all'interno dell'opera alcuni aspetti della sua personale ricostruzione del contenuto e dei valori espressi dalla clausola in esame.

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, l'autore solleva qualche perplessità in merito, sulla base del fatto 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, nella esperienza attuale, limitazioni e trasformazioni di ordine *quantitativo* e *qualitativo* che hanno inciso in modo determinante sul suo significato e nella sua portata»<sup>59</sup>.

Parlando di limitazione “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 valori che un tempo erano considerati appartenere a quei principi della morale che il buon costume, si voleva, esprime»<sup>60</sup>.

Si assiste, a parere dell'autore, non tanto ad un fenomeno di moralizzazione del diritto, quanto piuttosto 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, rendano quest'ultimo maggiormente organico»<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> *Ivi*, 703.

<sup>58</sup> Ferri, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Giuffrè, Milano, 1970.

<sup>59</sup> *Op. cit.*, 261.

<sup>60</sup> *Ivi*, 262.

<sup>61</sup> *Ibidem.*

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.

La clausola del buon costume, fa notare Ferri, non subisce una limitazione 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", paiono oggi sfuggenti ed indeterminati. In una società pluriculturale e mutevole sembra arduo riuscire ad individuare un sentimento comune. Individuare quindi la nozione di pudore, dal sentimento comune di una realtà sociale, è, secondo l'autore, di fatto impossibile<sup>62</sup>.

L'autore concorda nell'esaurire la funzione del richiamo al principio del buon costume al solo divieto di dar forza legale all'immoralità, senza alcuna funzione di moralizzare la società, egli però 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»<sup>63</sup>. Il problema sta dunque nell'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 esprime<sup>64</sup>.

«L'unica morale "comune" cui è possibile far riferimento, ci sembra, dunque quella *giuridica*»<sup>65</sup>, ed è alla morale espressa dal sistema giuridico che alla fin fine il giudice s'ispira. Le trasformazioni subite a livello qualitativo dalla nozione di buon costume (si pensi alla morale sessuale e familiare) hanno drasticamente ridotto la sua portata e il suo ruolo.

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 rela-

<sup>62</sup> *Ivi*, 267.

<sup>63</sup> *Ivi*, 269.

<sup>64</sup> Ferri, *op. cit.*, 270.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

zione che si manifesta in un aggregato sociale. Il buon costume dunque presuppone l'ordine pubblico»<sup>66</sup>.

A partire da questi presupposti «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»<sup>67</sup>.

Nello stesso anno 1970 Stefano Rodotà pubblica l'articolo "Ordine pubblico o buon costume?"<sup>68</sup> come commento ad una sentenza del Tribunale di Roma<sup>69</sup> la quale 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, che avrebbero rinunciato al mandato parlamentare perché risultasse eletto il primo.

La posizione espressa da Stefano Rodotà in questo articolo appare non dissimile da quella di Giovan Battista Ferri (ma neppure con essa totalmente coincidente).

Arrivando immediatamente al punto, Rodotà afferma che «il confine tra ordine pubblico e buon costume non è stato segnato in modo netto né dai giudici, né dagli studiosi»<sup>70</sup> 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.

Si chiede allora se questa labile distanza tra le due clausole sia espressione della volontà di usare l'una e l'altra in modo intercambiabile, e se non sia più opportuno definire in modo più preciso e ristretto i criteri con cui determinare il buon costume.

Dall'osservazione dell'assetto sociale attuale, caratterizzato da una accentuata mobilità sociale e da una forte disomogeneità, emerge chiaramente la difficoltà di «fondare il giudizio di liceità di un negozio sulla "coscienza morale della collettività" o sull'"ordine etico"»<sup>71</sup>. Vi sono almeno tre rischi che l'autore ravvisa esplicitamente. In primo luogo si rischia di attribuire un posto privilegiato ai valori "moralì" propri di uno soltanto dei gruppi che oggi

<sup>66</sup> Ferri, *op. cit.*, 271.

<sup>67</sup> Ferri, *op. cit.*, 272.

<sup>68</sup> Rodotà, *Ordine pubblico o buon costume?*, in «Giur. mer.», 1970, I, 106.

<sup>69</sup> Tribunale di Roma, sentenza 21 marzo 1968, in «Giur. mer.», 1970, I, 104-107.

<sup>70</sup> Rodotà, *op. cit.*, 105.

<sup>71</sup> *Ivi*, 106.

compongono la nostra società, e cioè di quello che tradizionalmente prevale nel ceto dei giuristi e nell'organizzazione della giustizia; in secondo luogo l'utilizzo del generico richiamo alla coscienza sociale può, in una società così dinamica, costituire un elemento frenante, che, inevitabilmente, rischia di dar forza ai pregiudizi; in ultimo il principio dell'"ordine etico" può essere utilizzato come uno strumento per negare gli stessi principi di base dell'ordinamento.

L'autore propone di percorrere, come tentativo di semplificazione, una particolare e impopolare strada, attraverso un passaggio, dallo stesso definito "obbligato", rappresentato dalla Costituzione. 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»<sup>72</sup>. 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»<sup>73</sup>. La Costituzione funge così da filtro verso la pluralità di orientamenti manifestati nell'ambito della collettività.

La posizione di Stefano Rodotà si caratterizza, rispetto a quella di G.B. Ferri, per un atteggiamento di scetticismo ancor più marcato in merito all'ipotesi 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»<sup>74</sup>. Agevolerebbe la ricostruzione di ciò che si intende per buon costume senza doversi affidare alle "presunte indagini sul sentire di questo o di quello (che poi è soltanto il sentire del giudice)".

<sup>72</sup> Rodotà, *Ordine pubblico o buon costume?*, in «Giur. mer.», 1970, I, 106.

<sup>73</sup> *op. cit.*, 107.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

6. 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 pregiuridiche»<sup>75</sup>; norme cioè che nascono in modo spontaneo ed estraneo all'intervento dell'autorità, e che conservano la loro natura conservando il loro carattere «amorfo (cioè: non formalizzato)»<sup>76</sup>. Tale rinvio a "valutazioni non formulate del diritto" implica, in pratica, che «nel corpo sociale è viva l'opinione che il tale 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»<sup>77</sup>.

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 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 organizzata<sup>78</sup>.

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»<sup>79</sup>.

L'autore 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»<sup>80</sup>. Sottolinea l'equivoco di chi "crede che non esista altra

<sup>75</sup> Sacco e De Nova, *Il Contratto, Trattato di diritto civile*, tomo II, Utet, Torino, 3ª ed., 2004, 67. La 1ª edizione dell'opera risale al 1975.

<sup>76</sup> *op. cit.*, 65.

<sup>77</sup> *Ivi*, 67.

<sup>78</sup> *Ivi*, 65.

<sup>79</sup> *Ivi*, 69.

<sup>80</sup> *Ivi*, 65.

etica pensabile, all'infuori di quella di cui si è occupato il legislatore". E denuncia il "livellamento concettuale" in cui cade la giurisprudenza quando "dalla contrarietà a 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"<sup>81</sup>.

Sacco sottolinea che la clausola del buon costume, come fonte extra giuridica, rappresenta un vantaggio sia per il legislatore che viene "liberato" dall'onere di «libellare lunghi elenchi di contenuti illeciti, e poi dal tenerli costantemente aggiornati»<sup>82</sup>, sia 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»<sup>83</sup>.

L'autore ricostruisce alcuni caratteri delle regole del buon costume che «potrebbero apparire negativi dal punto di vista dell'architettura sociale»<sup>84</sup>. In primo luogo la mancanza di certezza che 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. In terzo luogo la difficoltà di ricostruzione di fronte al pluralismo che intesse la società, divenuta incapace di affermare un unico canone etico e 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.

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, Sacco pare percepire con serenità il variegato panorama sociale. Il pluralismo ideologico ed etico secondo Sacco in effetti reclama una più ampia rilevanza del buon costume<sup>85</sup>.

La posizione che il diritto dovrebbe assumere in un contesto in cui non è più possibile riconoscere l'uniformità della regola morale è, secondo il pensiero dell'autore, quella dell'indifferenza e del disinteresse. 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 po-

<sup>81</sup> *Ivi*, 67.

<sup>82</sup> *Ivi*, 65.

<sup>83</sup> *Ivi*, 67.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> Cfr. Sacco, *op. cit.*, 68.

sizione di tendenziale indifferenza. Questo atteggiamento del diritto non significa affatto che si giustificino determinati contegni che un tempo venivano sanzionati 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. E in quest'area la promessa non vincola»<sup>86</sup>.

Se da un lato l'autore riconosce la natura elastica e totalmente esterna al diritto della nozione di buon costume, dall'altro individua la soluzione alla minaccia che esso sembra costituire per la sicurezza del traffico giuridico, «nella vischiosità dell'esempio di scuola, e del precedente giurisprudenziale»<sup>87</sup>. Queste appaiono all'autore le armi adeguate a fronteggiare la particolare natura di una clausola come quella del buon costume, rispettandone l'origine extra giuridica e la funzione di integrazione dei precetti stabiliti dal legislatore.

Ci si può interrogare sul rapporto tra tale affermazione e la critica dell'autore alla giuridicizzazione della clausola del buon costume<sup>88</sup>.

Ad un'attenta disamina, infatti, il giudice che reperisce le regole del buon costume dalla dottrina e dal precedente, accoglie un concetto di morale già cristallizzato e filtrato dal diritto, un concetto cioè che è, a questo punto, inevitabilmente giuridicizzato. Sacco sottolinea con forza che i buoni costumi, in quanto regole pregiuridiche, non sono filtrati dagli organi del potere, che essi non vanno cercati nella legge o nella Costituzione; non nega, però, che lo stesso ruolo di filtro sia inevitabilmente svolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

7. A partire dalle ricostruzioni degli autori analizzati, si può ora tentare un quadro dei principali snodi problematici inerenti alla

<sup>86</sup> *Ivi*, 69.

<sup>87</sup> *Ibidem*.

<sup>88</sup> "Un'indagine serena sul buon costume può essere condotta soltanto da chi non caschi nell'equivoco di credere che l'unico intermediario tra l'uomo e i suoi simili sia lo Stato; e che perciò non esista cultura, etica, razionalità, pensiero, opinione, fuori degli istituti statali di ricerca e insegnamento, del regolamento di polizia, della costituzione momentanea in vigore degli organi legislativi. Cade in questo equivoco chi crede che non esista altra etica pensabile, all'infuori di quella di cui si è occupato il legislatore. La costituzione, con le sue formule capaci di respiro e di espansione, può lasciare l'impressione di non aver dimenticato nessun valore e nessun precetto etico; ma affidare i *boni mores* alla costituzione non è possibile quando si constata che dal 1943 al 1948, e cioè nel periodo del quasi vuoto costituzionale, erano contrari al buon costume tutti i contratti che sono contrari al buon costume sotto la costituzione del 1947": Sacco e De Nova, *Il Contratto, Trattato di diritto civile*, tomo II, Utet, Torino, 2004, 67.

nozione del buon costume, ed una riflessione sul ruolo effettivo che la nozione viene ad assumere in un contesto sociale caratterizzato da pluralismo culturale ed etico.

Un primo snodo riguarda la natura giuridica o extra-giuridica della nozione del buon costume. Secondo una prima concezione il "buon costume" è concetto autonomo, che rinvia alla morale considerata come un sistema direttivo extra-giuridico; secondo una opposta concezione, il "buon costume" dovrebbe essere invece ricostruito alla luce dei principi generali dell'ordinamento.

La prima concezione accoglie a sua volta, al proprio interno, quelle che possiamo definire le teorie "sociologiche" e "deontologiche" del buon costume. Possiamo definire sociologiche quelle teorie che fanno emergere il buon costume "dal basso", a partire cioè dai costumi e dalle opinioni diffuse nella società. Sono, invece, deontologiche le teorie che fanno scaturire il buon costume da un sistema di valori che si impone alla società a prescindere dalle opinioni comuni e dalle prassi diffuse.

Fra i sostenitori delle teorie "sociologiche" possiamo annoverare Francesco Ferrara e René Demogue, ma anche (con tutte le differenze che vedremo) Rodolfo Sacco. Propongono invece teorie "deontologiche" del buon costume Georges Ripert e Alberto Trabucchi, entrambi sostenitori di una morale ideale, identificata nella morale cristiana.

La concezione accolta da Francesco Ferrara è quella di una morale sociale, costituita dalle idee e dai sentimenti riflessi nella coscienza della collettività, giudicati da questa come criteri in grado di determinare la moralità o l'immoralità di un'azione<sup>89</sup>. Il diritto rinvia alla morale presente, e cioè alla morale così come sentita e messa in pratica indistintamente dalla generalità dei cittadini.

Si affianca a tale concezione la teoria sociologica di René Demogue, che riconnette l'idea di buon costume a una osservazione meramente fattuale delle prassi e delle opinioni diffuse nella società. I contratti contrari ai buoni costumi sono immorali non in ragione di un ideale religioso o filosofico, ma sulla base dei fatti e dell'opinione comune<sup>90</sup>.

È opportuno sottolineare che anche nelle concezioni sociologiche il parametro seguito non è mai ridotto ad una rilevazione statistica dei comportamenti diffusi nella società; il riferimento è piuttosto «al dover essere quale concepito dagli uomini dabbene»<sup>91</sup>.

<sup>89</sup> Ferrara, *op. cit.*, 27.

<sup>90</sup> «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, I, Paris, 1923, 30.

Su un diverso piano si collocano le "teorie idealiste" della morale, espresse con sfumature diverse nel pensiero di Georges Ripert e Alberto Trabucchi.

Entrambi gli autori erigono la morale cristiana a morale rappresentativa dell'intera compagine sociale. Tuttavia si riscontra una differenza tra i due autori in merito alle ragioni poste a fondamento di tale elezione. Se Georges Ripert rinvia alla morale cristiana per il fatto che essa rappresenta l'unica morale giusta cui ispirarsi, Alberto Trabucchi sostiene che la clausola del buon costume implichi un rinvio alla morale cristiana perché essa rappresenta la morale storica e tradizionale che ha informato le società occidentali. A tale diverso criterio giustificativo si connette un'ulteriore e importante differenza. Mentre per Ripert la morale cristiana ha il compito di perfezionare l'animo degli individui cui si rivolge, la morale tradizionale di Trabucchi si limita a informare la società, svolgendo il solo compito di vietare quei contegni riconosciuti immorali, senza alcuna pretesa "moralizzatrice" dell'individuo.

Alla seconda concezione, "giuridicizzata", del buon costume, aderisce altra parte della dottrina, rappresentata in questo saggio da Giovan Battista Ferri e Stefano Rodotà. Essi, riconoscendo gli incerti confini della clausola generale del buon costume, la accostano ad altre clausole generali, identificando il suo contenuto nelle norme costituzionali e nei principi generali dell'ordinamento.

Il punto di partenza è bene espresso da una realistica constatazione di Stefano Rodotà. L'autore vuole sfatare l'illusione di individuare il buon costume attraverso il rinvio ad un sentire sociale, che giungerebbe 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 nell'amara constatazione che il riferimento a questo o quel sistema direttivo esterno e autonomo rischia di non essere altro che il riferimento alle opinioni del giudice.

In una simile concezione si preferisce, a un fenomeno di "moralizzazione del diritto", 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, rendano quest'ultimo maggiormente organico»<sup>92</sup>.

«L'unica morale "comune" cui è possibile far riferimento sembra, dunque, la morale *giuridica*»<sup>93</sup>, essendo la morale espressa dal sistema giuridico quella a cui il giudice deve ispirarsi.

<sup>91</sup> Trabucchi, *op. cit.*, 703.

<sup>92</sup> Ferri, *op. cit.*, 262.

<sup>93</sup> *Ivi*, 270.

Queste riflessioni introducono l'ultimo tema che dobbiamo toccare: il rapporto della clausola del buon costume con il pluralismo culturale che ha in misura crescente caratterizzato la nostra società.

Se Francesco Ferrara, attraverso le diverse sfumature e il diverso grado con cui gli individui sentono l'offesa alla moralità, giunge a scorgere la morale sociale unitaria in «una sola linea, eguale ed uniforme, che è il carattere morale comune»<sup>94</sup>, gli autori che scrivono in anni più recenti reagiscono in maniera diversa alla constatazione che tale identificazione di una morale comune appare sempre più improbabile.

Alberto Trabucchi non ignora la compresenza di differenti opinioni e costumi nella società a lui contemporanea. L'autore identifica tuttavia nella morale cristiana le «buone norme che nella vita dei rapporti umani, indipendentemente dalle credenze religiose di ciascuno»<sup>95</sup> sono unanimemente accolte e seguite perché costituiscono l'essenza stessa della nostra civiltà.

La constatazione di un nuovo assetto dell'organizzazione sociale, caratterizzato da «una accentuata mobilità sociale e dalla fine di talune condizioni di omogeneità», ispira invece in Rodotà una reazione scettica rispetto alla stessa possibilità di «fondare un giudizio di liceità di un negozio sulla "coscienza morale della collettività"»<sup>96</sup>. Tale coscienza morale collettiva rischia di coincidere infatti con i valori morali sentiti come propri da «uno soltanto dei gruppi che oggi compongono la nostra società, e cioè di quello che tradizionalmente prevale nel ceto dei giuristi e nell'organizzazione della giustizia»<sup>97</sup>. La fuga nella Costituzione si presenta quindi 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 dei singoli o di gruppi.

Una risposta completamente diversa alle sfide lanciate dalla società contemporanea è rappresentata dal «pluralismo» di Rodolfo Sacco. L'autore non soltanto descrive il dato di un esistente pluralismo sociale che implica un corrispondente e inevitabile pluralismo morale, ma vede proprio nella clausola del buon costume la chiave di risposta da parte del diritto alle sfide del pluralismo culturale ed etico. Come dallo stesso autore affermato, il pluralismo non dequalifica il buon costume, al contrario, ne amplifica la rilevanza.

<sup>94</sup> Ferrara, *op. cit.*, 29-30.

<sup>95</sup> Trabucchi, *op. cit.*, 703.

<sup>96</sup> Rodotà, *op. cit.*, 106.

<sup>97</sup> Rodotà, *op. cit.*, 106.

Se infatti è vero che il diritto, a causa della «disparità delle valutazioni sociali, dell'agnosticismo e del calcolo permissivo»<sup>98</sup>, 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»<sup>99</sup>. 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.

In tal modo la clausola del buon costume apre spazi alla pluralità di sistemi morali diversi e potenzialmente autosufficienti, senza richiedere il supporto e l'intervento, talvolta scomodo ed inopportuno, dello strumento punitivo dello Stato.

Ciò conduce ad un ultimo tema: quello relativo all'atteggiamento del diritto nei confronti dei contratti immorali. Negli autori citati, fino almeno a Trabucchi, prevale l'idea che il diritto svolga una funzione di «contrasto dell'immoralità», se non addirittura di educazione morale degli individui. Rodolfo Sacco sostiene invece che, attraverso la clausola dei buoni costumi, il diritto manifesta, in effetti, un semplice atteggiamento di disinteresse. Tale impostazione rende però evidenti alcuni risvolti problematici. In assenza di un intervento sanzionatorio dello Stato a tutela dei contratti immorali, è possibile che la parte contraente, per rispondere alla propria esigenza di giustizia, si rivolga a forme alternative e atipiche di tutela. È facile a questo punto immaginare il sorgere di una sorta di «zona grigia» all'interno dell'ordinamento sociale, che prende corpo in istituzioni informali destinate a garantire la tutela dei contratti immorali, e che si situa all'esterno del campo di controllo dell'ordinamento giuridico, e in prossimità del confine con l'area delle attività criminali.

Il disinteresse del diritto, che rinuncia sia a tutelare che a disincentivare, rischia di aprire la strada a forme di minaccia all'ordine giuridico, rivelando, così, il proprio volto pilatesco.

<sup>98</sup> Sacco, *op. cit.*, 68.

<sup>99</sup> *Ibidem.*

centro dell'attuale dinamica europea, ove questi strumenti trovano una nuova dimensione, calando negli Stati nazionali i valori dell'integrazione comunitaria, a cominciare dai principi di dignità umana<sup>51</sup>, di uguaglianza e solidarietà. Nell'Europa di oggi si è consapevoli dell'insufficienza del funzionalismo economico, ma urge una nuova spinta all'*European social model* dopo il vigoroso appello del 2005 per una maggiore giustizia sociale nel diritto dei contratti<sup>52</sup>. Ebbene, un uso accorto e consapevole delle clausole generali da parte dei Giudici del Lussemburgo sembra la via da seguire per una nuova socializzazione del diritto privato. Si vuole dire che la struttura relazionale e pluralista delle clausole generali e della buona fede in particolare è in grado di far emergere il contesto sociale (disoccupazione, malattia e povertà) in cui la transazione si svolge<sup>53</sup>, creando una base per un intervento riequilibratore da parte del giudice e, su più ampia scala, per nuove politiche redistributive a livello europeo<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> Cfr. M. R. Marella, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in questa *Rivista*, 2007, 67, 68. L'A. propone una lettura nuova del principio di dignità umana, volta a metterne in luce il significato sociale, indicandolo come base costituzionale per la costruzione del diritto privato europeo.

<sup>52</sup> Il disinteresse dell'Unione Europea per le istanze di giustizia sociale nel diritto dei contratti è stato denunciato dal Gruppo di studio sulla giustizia sociale nel diritto privato europeo, *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, in questa *Rivista*, 2005, 99 ss.

<sup>53</sup> Cfr. G. Marini, *Distribuzione ed identità nel diritto dei contratti. Note preliminari per la costruzione del Diritto europeo*, cit., 26, nota 65. L'A. rileva che «[è] impossibile pensare ad una relazione tra soggetti senza specificare le loro caratteristiche particolari: se si tratta cioè di un lavoratore subordinato o autonomo, di sesso femminile o maschile, è sposato o no, è anziano o giovane, è residente o immigrato, legale o illegale. Ed è altrettanto impossibile pensare a tali caratteristiche senza la mediazione degli strumenti giuridici, cioè dei diritti, poteri ed immunità che, in virtù di tali qualità, gli attribuisce il diritto (ivi incluso il diritto dei contratti)».

<sup>54</sup> Cfr. G. Marini, *Distribuzione ed identità nel diritto dei contratti. Note preliminari per la costruzione del Diritto europeo*, cit., 5, 29. L'A. chiarisce che il ricorso alle clausole generali per dare ingresso ai valori costituzionali nella dinamica privatistica costituisce un tipico elemento del pensiero giuridico sociale, quale si sviluppa nel corso del XX secolo. Oggi, questo elemento deve combinarsi con una necessaria analisi distributiva, vale a dire con la considerazione dell'impatto che ogni regola ha sulla distribuzione delle risorse e del potere tra i soggetti. Ogni cambiamento nel quadro istituzionale che presiede alle transazioni – prosegue l'A. a p. 26 – è in grado di produrre effetti redistributivi rilevanti sul potere contrattuale delle parti.

I tratti caratteristici del pensiero giuridico sociale, i cui elementi – sovrapposti ai caratteri del pensiero giuridico classico – costituiscono la trama della tradizione giuridica contemporanea sono descritti da Du. Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in D.M. Trubek and A. Santos (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Massachusetts, Cambridge University Press, 2006, 19-73.

## Indice annata 2009

### EDITORIALE

3 S. Rodotà

### SAGGI

#### DISPORRE DI SÉ?

- 7 D. Carusi, *Tutela della salute, consenso alle cure, direttive anticipate: l'evoluzione del pensiero privatistico*  
 21 G. Cricenti, *Il lancio del nano. Spunti per un'etica del diritto civile*
- 41 E. Calzolaio, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia*  
 73 G. Magri, *Archeologia e proprietà*  
 107 G. La Rocca, *Il contratto di intermediazione mobiliare tra teoria economica e categorie civilistiche*  
 171 S. Rodotà, *Quarant'anni dopo*  
 179 U. Breccia, *Beni immobili e mobilità del diritto*  
 207 A. Gentili, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*  
 233 V. Calderai,  *Mercati finanziari, modelli operativi della clausola generale di buona fede e dicotomie della giustizia*

#### IL DIRITTO CIVILE NEL RITRATTO DI UN GIURISTA

- 355 N. Lipari, *Amicizia e diritto*  
 363 F.D. Busnelli, *Dalla soggettività universale alla individualità contingente. Il lungo itinerario di ricerca di Davide Messinetti*
- 373 P. Cendon, *Avarizia*  
 409 C. Salvi, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*  
 431 U. Violante, *Cessione del credito e Bankruptcy Claims Trading*

#### MATRIMONIO SAME-SEX E SISTEMI DI DIRITTO DI FAMIGLIA

- 515 J. Halley, *Note sulla costruzione del sistema delle relazioni di coppia. Un saggio di realismo giuridico*  
 567 V. Barsotti, *Le unioni tra persone dello stesso sesso negli Stati Uniti. Questioni di diritti e di federalismo*  
 589 A.M. Benedetti, *Tutto ciò che è reale è... naturale? Riflessioni sull'art. 29, 1° comma, Cost.*



- 601 G. Piepoli, «Statuto» dei partiti e disciplina delle associazioni non riconosciute  
615 R. Messinetti, Il "falso" problema normativo della giustizia contrattuale  
629 G. Terlizzi, La nozione del buon costume e le sfide del pluralismo sociale

#### DISCUSSIONI

- 133 A. Iannarelli, Il pensiero giuridico romano nel laboratorio della modernità

#### PER UN AMPLIAMENTO DEGLI ORIZZONTI DELLA COMPARAZIONE GIURIDICA

- 245 G. Bascherini, Ex oblivione malum. Appunti per uno studio sul diritto coloniale italiano  
295 G. Repetto, Il metodo comparativo in Vico e il diritto costituzionale europeo

- 457 F. Romoli, No, we can't: orientamento sessuale e discriminazione nelle forze armate degli Stati Uniti

#### LEGGERE

- 493 M.R. Marella, Il lungo viaggio verso la parità. Rileggendo un libro di Annamaria Galoppini

#### RASSEGNA CRITICA DI GIURISPRUDENZA

- 153 A. Ciervo, Dal cognome patriarcale al cognome «pariarcale»? Evoluzioni giurisprudenziali in tema di doppio cognome del minore  
335 M. Di Masi, Il riconoscimento delle unioni same-sex al vaglio della Corte costituzionale  
501 G. Ramaccioni, Ecomostro e diritti umani  
655 L. Cruciani, Clausole abusive e tutela (solo procedurale?) del consumatore: le ultimissime dalla Corte di Giustizia

JOVENE EDITORE - NAPOLI

#### CONDIZIONI DI ABBONAMENTO PER IL 2009

**Abbonamento annuo per l'Italia € 60,00 - estero € 80,00**  
**annata arretrata € 90,00**

Versare l'importo sul c/c postale 14015804 o inviare vaglia alla

CASA EDITRICE DOTT. EUGENIO JOVENE S.R.L. - Via Mezzocannone, 109 - 80134 Napoli  
web site: [www.jovene.it](http://www.jovene.it) e-mail: [info@jovene.it](mailto:info@jovene.it)

Il periodico ha sede presso l'ISDE, Via Archimede, 35 - 00197 Roma.

La rivista viene pubblicata in fascicoli trimestrali. L'abbonamento decorre dal 1° gennaio di ciascun anno. Il canone di abbonamento deve essere pagato anticipatamente. I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro dieci giorni dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono solo contro rimessa dell'importo. L'abbonamento non disdetto entro il mese di novembre s'intende rinnovato per l'anno successivo.

I saggi e gli altri articoli daranno diritto a 25 estratti gratuiti. Ulteriori estratti potranno essere forniti a pagamento, se richiesti prima che sia iniziata la stampa del fascicolo, al prezzo di € 0,10 a pagina e € 0,50 a copertina per ogni copia richiesta.

Registrazione n. 470 del 19.10.1999 presso la Cancelleria del Tribunale di Roma.

Direttore responsabile: Stefano Rodotà.

Finito di stampare nel febbraio 2010 - Litonew - Napoli

Prezzo del fascicolo € 16,00