NOTE SULL'*ORDRE PUBLIC* DOPO LA RIFORMA DEL *CODE CIVIL*.

Di Giovanni Passagnoli

SUMMARY: 1. La seconda giovinezza dell'ordre public e la modernizzazione fallita dell'azione di nullità. - 2. Il dibattito italiano: illiceità della causa o del contratto? – 3. L'ordine pubblico. - 4. Ordine pubblico e buon costume.

ABSTRACT. *L'ordre public vive una seconda giovinezza con la riforma del Code Civil. Esso sembra destinato, ora, ad assolvere le funzioni precedente svolte, sotto il profilo del controllo di liceità del contratto, dalle discipline formalmente soppresse della cause e delle bonnes moeurs. Lo scritto si interroga sul significato e sulla reale portata della clausola.*

The reform of Code civil gives a new youth to the public policy clause. Now it seems destined, in terms of the lawfulness control of the contract, to perform the functions of the formally abolished disciplines of the cause and bonnes moeurs. The script questions the meaning and the real scope of the clause.

1. La seconda giovinezza dell'*ordre public e la modernizzazione fallita dell'azione di nullità*..

L'*ordre public* vive una seconda giovinezza con la riforma del *Code Civil*, nel quadro delineato principalmente dai novellati artt. 1102, 1128, 1162, 1178 e 1179.

Esso sembra destinato, ora, ad accentrare in sé talune funzioni precedentemente assolte, sotto il profilo del controllo di liceità del contratto, dalle discipline - almeno formalmente soppresse in ambito contrattuale - della *cause* e delle *bonnes moeurs*.

Sul significato e sulla reale portata, dal punto di vista delle regole operazionali, che entrambe le scelte legislative, al di là del loro valore simbolico, finiscono per attivare, altri si sono interrogati, con risultati che in sintesi e per quanto qui rileva possono qui richiamarsi.

Anzitutto e in termini generali, la soppressione di quelle discipline non cancella affatto le esigenze cui entrambe davano risposte[1]

In particolare, alcune funzioni della causa (quelle più vicine all'idea di *consideration*) sono assolte e presupposte da varie disposizioni di dettaglio, quali, tra le altre, l'art. 1169 in tema di corrispettivo *illusoire ou dérisoire,* o l'art. 1195, in materia di *révision pour imprévision*; mentre altre funzioni (quelle che attengono al controllo di liceità) sono concentrate nella disciplina del *contenu du contrat* (art. 1162), anche alla stregua dell'ambigua, ma oggettiva rilevanza attribuita al *but* del contratto[2].

Ancora, la soppressione delle *bonnes moeurs* in ambito contrattuale[3] non crea un *deficit* di tutela: suppone, piuttosto, un ruolo ampliato e inclusivo dell'*ordre public*[4].

La rilevanza che l'*ordre public* viene ad assumere nel *Code* riformato merita perciò una riflessione, che qui può solo impostarsi nei suoi termini essenziali.

In tale prospettiva è utile muovere dalla considerazione che il legislatore francese, agli artt. 1178 ss. , tenta di porre ordine nella materia, tradizionalmente alluvionale, della *nullité*.

L'operazione, in vero, sembra riuscita solo a metà; ed anzi vi è un dato che deve essere criticamente evidenziato.

L'art. 1179 razionalizza, a suo modo, la distinzione tra *nullité absolue* e *nullité relative*. Correla così l'una e l'altra, rispettivamente, alla protezione di un interesse *général* o alla violazione di una regola che abbia *pour seul objet* la salvaguardia di un interesse *privé*.

Nel far ciò, se risulta apprezzabile lo sforzo di esplicitare, ordinandola, la correlazione tra fondamento e trattamento delle due figure di nullità, il legislatore pecca, tuttavia, di un evidente ed *anacronistico schematismo*, rincorrendo quasi – non inganni la diversa terminologia – il modello binario del *B.G.B*. novecentesco che, con la contrapposizione tra *Nichtigkeit* ed *Anfechtbarkeit*[5] ha per tanto tempo condizionato e quasi ingessato ogni riflessione sulla materia.

L'art. 1179 riduce, in pratica, il fondamento della *nullité* ai *soli poli della antitesi* pubblico-privato.

Si consuma così il paradosso di una modernizzazione fallita della disciplina dell'invalidità; di un legislatore che mentre estende opportunamente la rilevanza dell'*ordre public,* ne mortifica la *articolazione interna* e con ciò, almeno a livello declamatorio, oblitera la gradabilità di disciplina in funzione della gradabilità di *rationes* delle quali la *nullitè* è suscettibile[6]. Oblitera, in altri termini, proprio quell'*ordine pubblico di protezione* che pur costituisce una delle cifre della regolazione del mercato

[1] In questo senso, NAVARRETTA, *La causa e la riforma del Code Civil*, in questo numero di *Persona e Mercato*.

[2] Così ancora NAVARRETTA, *loc. cit*..

[3] Va notato che il riferimento codicistico alle *bonnes moeurs* non viene meno, giacchè esso resta inscritto, con un rilievo sistematico che gli interpreti francesi avranno l'onere di precisare, nell'art. 6 del *Code,* alla cui stregua "*On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs*".

[4] Cfr. GUARNERI, *La scomparsa delle* bonnes moeurs *dal diritto contrattuale francese*, in *N.G.C.C.*, 2017, 3, p. 404 ss.; TERLIZZI, *Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti,* in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 695 ss.; ID., *Erosione e scomparsa della clausola dei "buoni costumi" come limite all'autonomia contrattuale*, in corso di pubblicazione su *Persona e Mercato*; RIZZO, *La positivizzazione del diritto naturale ed il superamento dei "buoni costumi",* in corso di pubblicazione su *Persona e Mercato*.

[5] Su cui, per tutti, in amplissimo arco temporale, MITTEIS, *Zur Lehre von der Ungiltigkeit der Rechtsgeschaefte*, in *Jhering-Jahrbuecher*, 1899, p. 85 ss.; SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1901, p. 324 ss.; FLUME, *Das Rechtsgeschaeft*, II, Berlin, 1985, p. 547 ss.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, Muenchen, 1967, p. 444 ss.; PAWLOWSKI, *Rechtsgeschaeftliche Folgen nichtiger Willenserklaerungen*, Goettingen, 1966, p 36 ss..

[6] Una gradabilità da sempre evidenziata dalla dottrina francese: emblematica e chiarissima la posizione di ESMEIN A., *Le serment promissoire dans le droit canonique*, in *Rev. hist*., 1888, p. 248 ss., che ricorda in qual modo già Bartolo da Sassoferrato distinguesse, traendone corollari circa la disciplina applicabile, ben dieci diverse categorie di nullità, a seconda del diverso motivo sul quale esse riposavano. E tra queste, quella pronunciata nell'interesse "*des particuliers principalement, quoiqu'elle repose aussi, mais en seconde ligne*" sopra l'interesse "*public, ratione publicae utilitatis secundario*"(*ivi*, p. 329). Sempre a testimonianza del risalente orientamento, favorevole al superamento di ogni schematismo in materia di nullità, JAPIOT, *Des nullités en matière d'acte juridiques*, Paris, 1909, *passim*; DROGOUL, *Essai, d'une théorie générale des nullités*, Aix, 1902, *passim*; GENY, *Méthode d'interpretation et sources en droit positif*, II, Paris, 1919, p. p. 148 ss..

nell'ordinamento eurounitario e che, proprio in Francia, grazie alla assenza di schematismi nel *Code Napoléon,* aveva trovato il terreno più fertile per antesignane elaborazioni della giurisprudenza teorica[7] e pratica.

Fortunatamente, nella trama del sistema, già si scorgono efficaci *antidoti* allo schematismo legislativo: così, all'art. 1184, si configura con nettezza una *nullità parziale necessaria*[8]*,* evidentemente sottoposta al vaglio giudiziale di coerenza tra fondamento e trattamento della nullità, laddove si ipotizza il mantenimento del contratto *lorsque les fins de la régle méconnue exigent son maintien*[9].

2. Il dibattito italiano: illiceità della causa o del contratto?

La questione dei parametri della illiceità del contratto - e tra questi la riflessione sul contenuto dell'ordine pubblico e sul rapporto tra esso ed il buon costume - è ben presente nel dibattito italiano. Similmente è a dirsi circa il modo di concepire l'oggetto della valutazione di liceità: se il singolo requisito contrattuale - la causa, l'oggetto - ovvero il contratto nel suo insieme. Basti, anche qui, un cenno, nei limiti di questo intervento.

Il Codice Civile non definisce il contratto illecito in modo diretto, bensì regolando la illiceità dei suoi requisiti (causa, oggetto), o dei suoi elementi accidentali (condizione, modo). L'area della illiceità funzionale del contratto è poi estesa dalle ipotesi di frode alla legge e di motivo illecito comune.

Tra le varie fonti a carattere generale, l'art. 1343 sostanzia la illiceità della causa nella contrarietà di questa alle norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume.

Diversamente, l'art. 1346, che pur pone la liceità trai requisiti dell'oggetto, non esplicita i detti parametri, i quali peraltro, attraverso una lettura sistematica sono considerati comuni.

Altrove, significativamente, il Codice prende in considerazione e disciplina la illiceità del contratto *unitariamente considerato* (es: artt. 1417, 1972).

Costituisce rilievo diffuso e condiviso che la nota, parallela vicenda evolutiva delle nozioni di causa e di oggetto del contratto conduca a dubitare della possibilità e comunque della utilità del riferire analiticamente la illiceità all'uno o all'altro dei requisiti contrattuali.

Da un lato, infatti, la configurazione concreta della causa[10] coinvolge nella valutazione dell'atto di autonomia l'intera operazione contrattuale, con tutti i suoi profili soggettivi e oggettivi, incluse le circostanze presupposte e, a rigore, persino gli stessi motivi obiettivati nell'affare.

Dall'altro, l'oggetto finisce, nella considerazione dei più – ormai affrancata da una limitativa concezione materialistica – col riferirsi proprio alla medesima fenomenologia del contenuto complessivo del contratto[11].

Di qui l'impressione, diffusa, che la disputa circa l'assorbimento della valutazione della illiceità nel solo requisito causale, oppure la configurabilità di una autonoma categoria di contratti con causa lecita ma con oggetto illecito[12], assuma un rilievo soltanto teorico. Sì che in definitiva l'interprete debba "ra-

[7] Vi è in effetti un orientamento di pensiero che, pur con diversità di approcci, ha composto la fenomenologia in questione nel prisma dell'ordine pubblico economico di protezione. Con tale figura si è tentato di dar conto della ampiezza e complessità di contenuti in concreto assunta dall'ordine pubblico, che oltre a conformare – con *l'ordine pubblico di direzione*, la *organisation économique* – può realizzare anche, con interventi volti a regolare la *économie interne du contrat,* la protezione immediata di un interesse particolare, per quanto sempre mediatamente persegua l'interesse generale: per tutti, cfr. CARBONNIER, *Droit Civil*, II, Paris, 1964, p. 389; FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, 1963, p. 110 ss.; GHESTIN, *Le Contrat*, nel *Traité de droit civil*, dir. da Ghestin, II, Paris, 1980, p. 80 ss..

[8] Sulla quale restano attuali gli insegnamenti di FARJAT, *L'ordre public économique*,_cit., p. 367 ss.; SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, Paris, 1969, p. 404; GHESTIN, *Le Contrat*, cit., p. 748.

[9] Locuzione che riecheggia le parole di JAPIOT, *Des nullités en matière d'acte juridiques*,_cit., p. 749, secondo cui le regole valevoli in via di principio per la nullità trovano applicazione soltanto "*dans la mesure où l'exigera le but de la nullité*".

[10] L'idea di causa in concreto, come è noto, compendia i risultati cui è pervenuta una lunga e complessa vicenda teorica che ha poi trovato ampia recezione in giurisprudenza. Per una visione d'insieme del dibattito, pur nella vastissima bibliografia, GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.),* in *Enc. dir*., Milano, 1960, VI, p. 54 ss.; FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 345 ss.; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 320 ss.; NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, p. 94 ss.., e, in contraria prospettiva, BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 211 ss.. Per una efficace analisi, SCOGNAMIGLIO C. , *Problemi della causa e del tipo*, in *Tratt. del contratto,* dir. da Roppo, II, *Il regolamento*, a cura di Vettori, Milano 2006, p. 83 ss..

[11] Su tale evoluzione, si vedano in ampio arco temporale, MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione,* in *Ius*, 1953, p. 292 ss.; CARRESI, *Il contenuto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 372; IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. It*., XI, Torino, 1965, p. 799 ss.; GIORGIANNI, *L'obbligazione*, I, Milano, 1968, p. 213; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 43 ss.; SACCO, in Sacco- De Nova, *Il contratto*, in *Trattato Sacco*, , Torino, 2004, p. 5 ss.; GABRIELLI E., *L'oggetto del contratto*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2001, p. 15 ss.; ID., *Storia e dogma dell'oggetto del contratto*, in *Riv. dir. civ*., 2004, I, p. 328; ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 286 e, per una sintesi, GITTI, *Problemi dell'oggetto*, in *Tratt. del contratto* dir. da Roppo, II, *Il regolamento*, a cura di Vettori, Milano 2006 , p. 1 ss..

[12] GALGANO, *Della simulazione, della nullità, della annullabilità*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 1998, p. 131.

gionevolmente pervenire alla conclusione non soltanto di un unitario significato della illiceità", ma anche di un "unitario punto di riferimento" di essa, ovvero il contratto[13].

Da ciò l'impiego giurisprudenziale delle nozioni di oggetto e di causa illeciti, con una "endiadi che sembra confermare la pressoché sostanziale identità del profilo normativo di cui i due termini appaiono essere espressione"[14].

Così, tornando alla riforma del *Code Civil* ed alla prescritta liceità del *contenu du contrat* (art. 1162), diviene plausibile - con le debite trasposizioni - una lettura meno allarmante della ricordata soppressione del requisito causale: quest'ultima, evidentemente, non vale a sottrarre il contratto ad una valutazione di liceità funzionale, ormai mediata dal giudizio di conformità all'*ordre public* del suo oggetto.

3. L'ordine pubblico.

Veniamo così alla latitudine dell'ordine pubblico ed ai rapporti tra esso ed il buon costume.

Superate - col diffondersi di una maggiore sensibilità degli interpreti per il valore precettivo delle clausole generali - le prime, risalenti letture abrogative dell'ordine pubblico[15], si è posto il problema, centrale, della individuazione delle sue fonti[16].

Ciò ha condotto a ricercarle, anzitutto, nel sistema assiologico posto dalla Costituzione, utilizzando la trama di rapporti di subordinazione, prevalenza ed equivalenza che, tramite i valori costituzionali, si instaurano tra le situazioni soggettive.

L'ordine pubblico, tuttavia, non si identifica coi valori costituzionali, giacché a ben vedere ne costituisce, nella sua relatività storica, solo uno dei possibili svolgimenti. Esso, infatti, seppure sia subordinato ai precetti costituzionali, di questi costituisce una proiezione sintetica, concreta e storicamente mutevole. Del resto, non sfugge all'evidenza la circostanza che sia proprio la latitudine dei principi costituzionali, nel loro intrinseco carattere compromissorio, a renderli compatibili, nel mutare delle politiche legislative, con le regole differenti che si susseguono - o che, seguendo logiche di settore, si affiancano o contrappongono - innovando, di tempo in tempo, la stessa cornice entro la quale può trovare svolgimento l'autonomia negoziale.

Anche con riferimento all'ordine pubblico, pertanto, il giudice non può sottrarsi al confronto col sistema delle norme ordinarie, che per esso, da un lato, assolvono al ruolo di materiale costruttivo per la enunciazione *induttiva* di principi, dall'altro, sono oggetto di interpretazione alla luce di tutte le *deduzioni* che è possibile trarre dai valori sovraordinati.

Nel processo di sintesi anzidetto l'ordine pubblico si alimenta quindi anche *dal basso*, nel fluire delle norme imperative.

Peraltro, questa rappresentazione dell'ordine pubblico deve oggi misurarsi col nuovo quadro delle fonti europee, tanto a livello apicale che derivato.

Al riguardo, è evidente che proprio l'ampiezza e l'intensità e ancor prima, il rilievo apicale, del mutamento impresso al sistema delle fonti europee – privo ormai di una nitida divisione dei poteri e di una univoca struttura piramidale e costellato da clausole generali – favoriscano l'impiego di canoni metodologici alternativi alla sussunzione, quali la ragionevolezza e il bilanciamento, e correlativamente *amplifichino il ruolo innovativo dell'interpretazione e della concretizzazione giudiziale dei principi: a ciò non fa eccezione l'ordine pubblico*.

4. Ordine pubblico e buon costume.

I rapporti tra ordine pubblico e buon costume si lasciano cogliere nella prospettiva della progressiva attrazione di quest'ultimo nell'ambito del primo parametro di liceità del contratto.

Come si sa, la nozione di buon costume sconta, da sempre, grande incertezza a livello teorico. E spesso la ampiezza definitoria risulta insuscettibile di impiego effettivo, per le incongruità sistematiche che ne derivano.

Così, quando si identifica il buon costume con le norme implicite del sistema "che comportano una valutazione del comportamento dei singoli in termini di moralità o di onestà"[17], oppure con i "canoni fondamentali di onestà pubblica e privata alla stregua della coscienza sociale"[18], od ancora con i principi e le esigenze "etiche appartenenti alla coscienza morale collettiva, cui la generalità delle persone

[13] GENTILI, *Le invalidità*, in *Tratt. Rescigno*, *I contratti in generale*, II, Torino, 1999, p. 1319.

[14] GABRIELLI E., *Il contenuto e l'oggetto*, in *Tratt. Rescigno*, I, *Il contratto in generale*, a cura di E Gabrielli, Torino,1999, p. 641 ss.. Per un acuto esame della giurisprudenza, VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 38 ss..

[15] Classico l'insegnamento di FERRARA F. *sen*., *Teoria del negozio illecito*, Milano, 1902, p. 63 ss..

[16] Per tutti, GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padova, 1974, p. 93 ss.; FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, pp. 12, 45, 226 ss.; PASSAGNOLI, *Il contratto illecito*, in *Tratt. del contratto,* dir. da Roppo, II, *Il regolamento*, a cura di Vettori, Milano 2006, p. 453 ss., anche per gli opportuni riferimenti bibliografici; ID. , *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 123 ss..

[17] GALGANO, *Della simulazione, della nullità del contratto*, cit., p. 130.

[18] BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 621.

corrette uniforma il proprio comportamento in un determinato ambiente e momento storico"[19], o infine con la "matrice etica delle strutture normative vigenti e specialmente delle norme costituzionali"[20], si pongono forse più problemi di quanti simili definizioni valgano a risolverne.

Da un lato, infatti, diviene difficile distinguere simili canoni di onestà dal sistema delle regole di buona fede e correttezza; dall'altro, appare assai arduo giustificare tanto radicali divergenze di trattamento tra la violazione di queste ultime e lo speciale rigore di disciplina posto dall'art. 2035 c.c. .

Non a caso, coerentemente col cauto impiego giurisprudenziale[21], si assiste al diffuso tentativo di circoscrivere l'ambito di applicazione del buon costume, sulla base di rilievi diversi, ma concorrenti, nel giustificare una simile operazione interpretativa.

Un primo ordine di considerazioni attiene proprio al mutato rapporto tra morale e società, che assume evidente rilievo ai nostri fini, in considerazione del carattere necessariamente oggettivo, per quanto relativo, che la regola morale deve avere per acquisire rilevanza per il diritto[22].

La accentuata mobilità sociale, la sua evoluzione pluralistica, il dissolversi del tradizionale ordine familiare, il radicale mutamento del costume sessuale, rendono sempre più inattingibile una simile coscienza collettiva, se non a costo di arbitrarie generalizzazioni di quella propria di determinati ceti o gruppi[23].

Da un complementare punto di vista, si propone perciò una positivizzazione del buon costume, non contrapposto all'ordine pubblico, ma ad esso omogeneo, secondo due possibili chiavi di lettura.

Da un lato, vi sarebbe un continuo processo "di assorbimento e di osmosi" tra i due concetti, in considerazione del fatto che i "valori morali, nella concretezza della realtà sociale, quali la lealtà, la fedeltà, il rispetto degli usi onesti commerciali e industriali, la correttezza, la buona fede, progressivamente penetrano nell'ordine giuridico, materializzandosi in forme progressivamente nuove e costituiscono il fondamento di esso, concretando la nozione di ordine pubblico"[24].

Dall'altro, si propone di considerare il buon costume quale *species* dell'ordine pubblico, inscritto senza ambiguità nella cornice di principi e valori enunciati dalla Costituzione ed ora anche dalle fonti europee ed interposte: in breve, il buon costume come "*ordine pubblico non economico*"[25].

Il tratto caratterizzante della contrarietà al buon costume – inteso in questi termini positivi - consisterebbe nella lesione della dignità umana, quindi di un «valore assoluto dell' ordinamento positivo»[26].

[19] Così, Cass. 15 febbraio 2001, n. 7523, in *Dir. fall*., 2001, 2, p. 1190, con nota di DI LEO, *Cambiale, promessa di pagamento e negozio contrario al buon costume*.

[20] CARUSI, *Illiceità del contratto e restituzioni*, cit., p. 498.

[21] La Corte di Cassazione ha, in più occasioni, precisato che la nozione di buon costume non individua "solo le prestazioni contrarie alle regole della morale sessuale o della decenza, ma comprend[e] anche quelle contrastanti con i principi e le esigenze etiche costituenti la morale sociale in un determinato ambiente e in un certo momento storico" (da ultimo, Cass. 21 aprile 2010, n. 9441, in *Giust. civ*., 2011, 1,I, p. 185, con nota di ANNUNZIATA). Alla luce di una simile ampia accezione, sono così considerate immorali ipotesi che senza difficoltà sarebbero riconducibili alla mera illiceità; e così, tra le altre: il contratto a titolo oneroso avente ad oggetto il conferimento di un incarico professionale stipulato tra gli organi di una istituzione pubblica ed un membro del consiglio di amministrazione dell'ente, con intenzionale lesione degli interessi di quest'ultimo (Cass. 18 ottobre 1982, n. 5408, in *Foro it.,* 1983, I, c. 691); le convenzioni usurarie (Cass. 10 agosto 1973, n. 2330, in *Sett. .giur*., 1073, II, p. 1028; Cass. 10 novembre 1970, n. 2334, in *Rep. giust. civ*., 1970, voce "*Fidejussione*", p. 6); i contratti di prossenetico matrimoniale, qualora si risolvano in una pressione diretta o indiretta alla libertà del consenso matrimoniale (Cass. 25 marzo 1966, n. 803, in *Giur. it*, 1967, I, 1, c. 1960; Cass. 30 luglio 1951, n. 2226, in *Giur .it*., 1952, I, 1, c. 22); gli accordi fraudolenti in danno di terzi (Cass. 15 febbraio 1960, n. 234, in *Giur. it*., 1960, I, c. 1134); quelli in forza dei quali una parte si obbliga a tenere un determinato contegno processuale in cambio di denaro (Trib. Genova 17 ottobre 1984, in *N.G.C.C.,* 1985, I, p. 65); il patto col quale un candidato al Parlamento si obblighi a pagare una somma affinché gli altri candidati della stessa lista lo sostengano nella campagna elettorale e rinunzino al mandato parlamentare, così da far risultare eletto il primo (Trib. Roma 21 marzo 1968, in *Giur. mer*., I, 1968, p. 104); il contratto con cui taluno si impegna a svolgere un'opera di intermediazione finalizzata all'ottenimento a favore del mandante di favori pubblici o privati (c.d. "raccomandazione onerosa"), qualora goda di un beneficio economico non solo l'intermediario, ma anche il pubblico ufficiale (Cass. 14 luglio 1972, n. 2420, in *Foro it.,* 1973, I, c. 1224); il contratto di consulenza commerciale stipulato al fine di concludere contratti con la pubblica amministrazione, ove il sedicente consulente tratti le modalità di partecipazione alle gare sfruttando conoscenze politiche e le frequentazioni con gli amministratori (Trib. Milano 15 luglio 1995, in *Orient. giur. lav*., 1995, p. 641).

[22] PANZA, *Ordine pubblico. Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990, p. 2 .

[23] RODOTA`, *Ordine pubblico o buon costume*, in *Giur. mer*., 1970, I, p. 106. Condivide tale impostazione DI MARZIO, *Buon costume*, in *I contratti in generale*, Torino, 2000, VI, p. 250, nel riferirsi alla "frammentazione delle visioni politiche, etiche e religiose accaduta nel convulso moto storico dell' ultimo secolo" ed ancora alla "proliferazione di stili di vita prima inammissibili o sconosciuti", alla "contaminazione culturale fra paesi di aree diverse del mondo", fattori tutti che hanno "decretato la fine inesorabile di fenomeni antropologici (troppo spesso mitizzati) come la morale comune o sociale".

[24] Così NUZZO M., *Negozio illecito*, cit., p. 5.

[25] DI MARZIO, *Buon costume*, cit., p. 250.

[26] Così, ancora, DI MARZIO, *Buon costume*, cit., p. 252. Sul punto, ALPA, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali,* in *N.G.C.C.*,1997, II, p. 416. Osserva condivisibilmente SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ*., 2005, I, p. 459 ss., p. 484, che "anche la violazione della dignità della persona viene ora a

In tale prospettiva, potrebbe condividersi anche l'affermazione che il buon costume costituisca la «linea di confine tra ciò che è commerciabile e ciò che non si può sottoporre a scambio»[27], purché, a mio modo di vedere, la ragione di una simile incommerciabilità risieda nella protezione della dignità. In caso contrario, smarrita ogni peculiarità assiologica, verrebbe meno la stessa possibilità di enucleare il buon costume come specie dell' ordine pubblico, esattamente come, almeno a livello formale e sia pure attraverso percorsi normativi tra loro inversi, è avvenuto nell'ordinamento tedesco[28] ed avviene, ora, in quello francese.

Certo, questo processo di assorbimento del buon costume nell'ordine pubblico sconta le difficoltà legate alla perdurante peculiarità di disciplina del contratto c.d. immorale. Questione, quest'ultima, lasciata insoluta nel *Code Civil* riformato[29], ed invece ben presente nel nostro art. 2035, che infatti è al centro di un perdurante dibattito dottrinale, sin dalla individuazione del fondamento della irripetibilità[30].

Qui, come altrove, la soluzione del problema è condizionata dall'approccio metodologico.

Ove si assuma il punto di osservazione, che a me par corretto, della gradabilità di disciplina della nullità, in funzione della *ratio* volta a volta ad essa sottesa, il problema perde molta della sua enigmaticità, che è piuttosto il frutto della ricerca di soluzioni totalizzanti.

Come è stato efficacemente scritto, dovrebbe abbandonarsi la "contrapposizione rigida fra le scelte simboliche e di valore e i calcoli di efficiente razionalità economica", a favore, invece, di "un contemperamento fra criteri di giudizio concorrenti"[31]. La soluzione del problema della irripetibilità non dipende, in altri termini, dalla *astratta* qualificazione in termini di illiceità o immoralità del negozio , ma ancora e sempre dalla composizione del conflitto di interessi che *in concreto* costituisca la *ratio* della nullità ravvisata nel contratto.

L'incertezza giudiziale che ne deriva non sarà maggiore rispetto a quella naturalmente correlata alla applicazione di ogni principio o concretizzazione di clausola generale; operazione che qui troverebbe il proprio criterio nel "confronto fra la ragione d'essere dei divieti giuridici di efficacia e di restituzione e i risultati incoerenti che possano derivarne"[32].

Non a caso, in Francia - ove il problema si è fatto urgente - già si propone il mantenimento della

tradursi in altrettante cause di nullità del regolamento contrattuale in virtù del suo carattere conformativo di ogni situazione soggettiva". E vedi, in prospettiva sistematica, VETTORI, *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea*, cit., p. 29 ss..

[27] CARUSI, *Disciplina della causa*, in *Tratt. Rescigno*, I, *I contratti in generale*, Torino, 1999, p. 562. Osserva condivisibilmente tale A., seppur nella prospettiva dell'art. 2035 c.c., che "Non è forse un caso che l'interesse intorno a questa regola si risvegli ai giorni nostri, in epoca di consumismo globale e sfrenato: oggi non si commercia più – ai limiti della legalità – soltanto in sesso, ma nelle sua più svariate applicazioni medianiche, e inoltre in organi umani, in gameti, in gravidanze ed in bambini" (CARUSI, *Illiceità del contratto e restituzioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 501).

[28] Il §138 *B.G.B.* dispone la nullità del contratto contrario ai buoni costumi (*Sittenwidrig*), con una nozione di ampiezza tale che solo a costo di una arbitraria lettura potrebbe ridursi al buon costume nei codici di derivazione napoleonica. Ed anzi tale ampiezza consente di ricomprendervi la gran parte delle situazioni che nel nostro ordinamento sono considerate di contrarietà all'ordine pubblico, che è invece ma perciò solo apparentemente ignorata dalla sistematica del *B.G.B.* (FLUME, *Das Rechtsgeschaeft*, cit., p. 363 ss.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., p. 432 ss.; RAISER L. , *Die Aufgabe des Privatrechts*, Kroenberg, 1977, trad. it., Milano, 1990, p. 136 ss.; RAISER G., *Die gerichtliche Kontrolle von Formularbedingungen,* Karlsruhe, 1966, p. 25 ss.; JUERGEN-SAECKER, *Muenchener Kommentar zum B.G.B.*, I, Muenchen, 1978, p. 857 ss.; SIMITIS, *Gute Sitten und ordre public*, Marburg, 1960,p. 29 ss.).
Non a caso l'ampiezza della disposizione e la sua connessione con l'ordine pubblico era stata rimarcata sin dai primi commenti in chiave comparatistica: già SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, cit., p. 252, proprio all'indomani dell'entrata in vigore del *B.G.B.*, finemente osservava che il §138 presidiava le medesime esigenze alle quali, nelle codificazioni a modello francese, si provvede "*par la théorie de la cause*".

[29] Sembra escludere l'applicabilità, dopo la riforma, della irripetibilità della prestazione immorale - pur sin qui tradizionalmente praticata nel diritto francese - TERLIZZI, *Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti,* cit., p. 716 ss.; reputa invece che essa sia sopravvissuta nel sistema, al livello pretorio nel quale si è consolidata, SEUBE, *Le juge et les restitutions,* in *Revue des contrats,* 2016, p. 415.

[30] Senza pretesa di completezza nel riferire dell'amplissimo dibattito al riguardo, basti ricordare che taluno coglie tale fondamento nel principio *in pari causa turpidudinis melior est condicio possidentis* (così già FERRARA F., *sen*., *Teoria del negozio illecito*, cit. , p. 274 ; e significativamente, a distanza di un secolo, per tutti, DELLE MONACHE, *Della irripetibilità della prestazione "ob turpem causam"*, in *Riv. dir. civ*., 2002, I, p. 697 ss.), mentre altri reputa di scorgerlo *nell'abuso della pretesa restitutoria* da parte del *solvens* che abbia retribuito una prestazione illecita perché non commerciabile (RESCIGNO, *In pari causa turpitudinis,* in *Riv. dir. civ*., 1966, I, p. 1 ss.; CARUSI, *La rilevanza del negozio nullo e l'interpretazione sistematica dell'art. 2035 c.c.*, in *Riv. dir. civ*., 2003, II, p. 345 ss., 348). Una terza proposta (VILLA, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione. Una analisi economica*, in *Quadrimestre*, 1992, p. 32 ss., su cui v. anche le considerazioni di BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010, p. 227 ss.) è svolta invece nei termini di una analisi economica dei costi e benefici della regola, considerata come tecnica deterrente ogni qual volta la prestazione immorale non possa realizzarsi contestualmente alla controprestazione.
In generale sul tema mi permetto di rinviare anche a PASSAGNOLI, *Il contratto illecito*, cit., p. 459 ss., 507 ss.; ID., *Invalidità del contratto e restituzioni*, in *Persona e Mercato*, 2010, 2, p. 100 ss..

[31] BRECCIA, *Causa*, in *Tratt. Bessone*, *Il contratto in generale*, a cura di Alpa, Breccia, Liserre, Torino, 1999, p. 329.

[32] BRECCIA, *op. loc. cit.*.

regola della irripetibilità quale temperamento pretorio, fondato sul principio di proporzionalità[33] , della altrimenti meccanicistica disciplina delle restituzioni posta dagli artt. 1352 ss. del riformato *Code Civil*.

[33] SEUBE, *Le juge et les restitutions,* cit., p. 415; in argomento, ancora TERLIZZI, *Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti,* cit., p. 716 ss..