LA POSITIVIZZAZIONE DEL DIRITTO NATURALE ED IL SUPERAMENTO DEI "BUONI COSTUMI"

Di Nicola Rizzo

ABSTRACT. Nella riforma francese viene abbandonato ogni riferimento ai bonnes moeurs. Pertanto, il controllo sull'autonomia avviene esclusivamente mediante la clausola generale dell'ordre public. Tuttavia, tale abrogazione non fa venire meno il rapporto tra diritto e morale.
In the French reform, all references to bonnes moeurs are abandoned.
Therefore, control over the autonomy takes place exclusively through ordre public clause. However, this abrogation does not undermine the relationship between law and morals.

Il riferimento a «*les bonnes moeurs*» – che rimane nell'art. 6 del *Code civil* – scompare dal diritto francese dei contratti: il nuovo art. 1162 stabilisce che il contratto non può derogare all'ordine pubblico né nel suo regolamento né nel suo scopo; ancor prima, all'art. 1102, il legislatore de *la Réforme* dispone che la libertà contrattuale non può derogare alle regole che riguardano l'ordine pubblico[1].

Viene meno, così, il modello tripartito (norme imperative, ordine pubblico, buon costume) consacrato dall'art. 1133 del *Code Napoleon*[2] (il calco del nostro art. 1343 c.c.) – che, peraltro, era già stato abbandonato dalle riforme dei codici, di cultura francese, della Louisiana e del Québec[3] – modello storicamente contrapposto a quello bipartito della tradizione del diritto romano e comune, il cui campione è il sistema tedesco, incentrato sul divieto dei patti contrari alla legge e ai *gute Sitten* del *paragraph* 138 BGB[4].

Il superamento dei "buoni costumi" e la conseguente concentrazione del controllo dell'ordinamento (cioè del giudice) sull'esercizio della libertà contrattuale nella clausola generale dell'ordine pubblico (oltre che, chiaramente, attraverso le norme imperative) ci pone di fronte a quello che, a tutta prima, sembrerebbe un paradosso. Definita la clausola generale[5] – contenuta in un enunciato normativo – come quel termine o sintagma di natura valutativa caratterizzato da indeterminatezza, il cui significato può essere determinato soltanto attraverso il riferimento a parametri esterni o interni al diritto, tra loro potenzialmente concorrenti[6], l'interpretazione ci porta a distinguere le clausole generali – prima ancora di sottoporle all'interpretazione sistematica, analizzandone la componente semantica – sulla base del parametro di concretizzazione che le stesse mostrano (ed indicano) al giudice: da questo punto di vista, e volendo immaginare una scala ideale di autonomia del giudice dalle scelte e dai giudizi di valore che emergono dall'ordinamento, alla sommità troviamo il buon costume, alla base l'ordine pubblico[7].

---

* *Il testo riproduce, con l'aggiunta di alcuni essenziali riferimenti bibliografici, l'intervento tenuto a Firenze il 4 maggio 2017 nell'ambito del convegno « La riforma del Code civil ».*

[1] V. A. GUARNERI, *La scomparsa delle* bonnes moeurs *dal diritto contrattuale francese*, in *N.G.C.C.*, 2017, 3, 404 ss.; G. TERLIZZI, *Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 3, 695 ss.

[2] Cfr. A. GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Cedam, Padova, 1974, 5 ss.

[3] Rimando alla ricerca di G. TERLIZZI, *Dal buon costume alla dignità della persona. Percorsi di una clausola generale*, Esi, Napoli, 2013, 103 ss.

[4] Cfr. G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Giuffrè, Milano, 1970, in particolare 24 ss.

[5] Nell'ampia letteratura sulle clausole generali v., in particolare, S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, 83 s.; ID., *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 709 s.; ID., *La clausole generali*, in *I contratti in generale*, a cura di G. ALPA e M. BESSONE, Torino 1991, 390 s.; K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, ed. it. a cura di A. BARATTA, Milano, 1970, 167 s.; C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 96 s.; ID., *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 21 s.; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 539 s; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 5 s.; L. NIVARRA, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 411 s.; A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, 631 s., e ora in *Metodologia nello studio della giurisprudenza civile e commerciale*, a cura di G. VISINTINI, Milano, 1999, 311 s.; M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, a cura di P. COMANDUCCI e R. GUASTINI, Torino, 1989, 311 s.; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme: un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990; V. VELLUZZI, *Le clausole generali Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010; P. RESCIGNO, A. GENTILI *et alii* , *Le clausole generali nel diritto privato*, a cura di P. RESCIGNO, in *Giur. it.*, 2011, 1689 s.; M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 345 s.; F. FORCELLINI e A. IULIANI, *La clausole generali tra struttura e funzione*, in *Europa dir. priv.*, 2013, 396 s.

[6] VELLUZZI, *op. cit.*, 88.

[7] Sul punto v. BELVEDERE, *op. cit.*, 329 ss., – nella cui logica Velluzzi si muove – secondo cui alcune clausole generali « più di altre, sono chiamate dalla legge ad operare in situazioni di «concorrenza» rispetto ai giudizi di valore del legislatore che hanno trovato diretta espressione normativa, perché esse riguardano situazioni e rapporti per i quali esiste già una disciplina legislativa (che viene appunto integrata mediante l'attuazione della clausola generale). È questo il caso, ad es., delle clausole di correttezza e buona fede richiamate dalla legge (artt. 1175 e 1375 c.c.) a proposito della esecuzione di obbligazioni e contratti, ed attinenti quindi ad una problematica condizionata da numerose disposizioni legislative, di cui il giudice dovrà ovviamente tener conto nel momento della attuazione della clausola generale. Altre clausole generali, invece, attengono a tipi di comportamento la cui disciplina non è primariamente di matrice giuridica, ed è lasciata prevalentemente alla morale od al costume. Tipica clausola generale di questo secondo tipo è quella del «buon costume» [...] All'estremo opposto di una ipotetica scala di misura della libertà del giudice dai vincoli della compatibilità con norme e principi dell'ordinamento, troviamo una clausola generale come quella dell'«ordine pubblico» che esprime proprio (e solo) una esigenza di rispetto dei valori fondamentali dell'organizzazione politica ed economica della società. Nei confronti di tali principi, già presenti (anche se non sempre espressamente formulati) nell'ordinamento giuridico (se non altro a livello costituzionale), il giudice avrà quindi un vincolo non di semplice compatibilità, ma anzi di attuazione. Si presenta quindi con la massima intensità il problema dei rapporti tra clausola generale e principi della Costituzione, che del nostro ordinamento rappresenta la «tavola dei valori», mentre l'attività creativa del giudice – che pure permane, perché a lui spetta di tradurre valori e principi (non espressi da norme legislative) in «regole praticamente applicabili ai casi concreti» - deve trovare la sua ispirazione tutta all'interno dell'ordinamento giuridico. Non abbiamo quindi qui – a conferma delle grandi differenze che possono sussistere tra le varie clausole generali – quella funzione di apertura

Per il tramite dell'ordine pubblico, infatti, il legislatore affida al giudice il controllo della compatibilità di una certa espressione dell'autonomia privata con i valori ed i principi (espressi od inespressi) dell'ordinamento: il parametro di concretizzazione della clausola generale sarà quindi, in questa ipotesi, tutto interno al diritto, e porterà il giudice a dare forma e consistenza ad una regola del caso che di quei valori e di quei principi sia un'estrinsecazione, esprimendo, nella contingenza della controversia e nella dimensione bilaterale del conflitto, un bilanciamento tra la libertà contrattuale ed altri principi, valori ed interessi generali. In cima a quest'ipotetica scala, troviamo, invece, il buon costume: qui la clausola generale schiude l'ordinamento giuridico ad un diverso (ed altro) ordine di giudizi su fatti e comportamenti, portando nella regola legale la regola sociale.

Perché si tratta di un paradosso?

Il paradosso sta nel fatto che l'espunzione del sintagma buon costume non cancella i conflitti che attraverso questa clausola generale venivano risolti, e che ora troveranno la loro regola nella concretizzazione di un'altra – apparentemente così diversa – clausola generale: l'ordine pubblico. A dire il vero, a riprova del fatto che quella del *Code civil* è una riforma a diritto costante[8], quei conflitti – terreno d'elezione per la concretizzazione del buon costume – già da tempo trovavano la propria disciplina nella matrice dell'ordine pubblico, ridefinito, alla bisogna, come ordine pubblico morale o ordine pubblico filantropico, per usare le parole di Fenouillet[9].

L'ordinamento che riflette su sé stesso e l'ordinamento che si estroflette verso la società trovano spazio, quindi, nella stessa clausola generale: l'ordine pubblico.

Come è possibile?

Se l'ordine pubblico realizza l'obbiettivo che la regola del caso, soluzione della controversia insorta sulla regola privata, sia espressione dei principi dell'ordinamento giuridico, e se a fondare quell'ordine giuridico non sono più solo norme che parlano all'uomo ma anche norme che parlano dell'uomo e dell'umanità: la dignità, la libertà, l'uguaglianza e la solidarietà[10] – per citare i capisaldi su cui è costruito, i capi in cui è diviso, l'ultimo documento con ambizioni costituzionali ideato nella società europea, la Carta dei diritti dell'Unione europea -; ecco che il paradosso, paventato, si risolve: lo spazio precettivo che prima era proprio del buon costume viene conquistato dall'ordine pubblico.

La sostanza del conflitto da regolare non cambia: muta, però, il lessico e la grammatica del conflitto: il lessico è quello del diritto naturale; la grammatica è quella del conflitto tra valori. Valori posti da enunciati normativi: il conflitto sarà perciò tra norme – in primo luogo costituzionali – che pongono principi e diritti.

Dal secondo dopoguerra costituzioni nazionali, dichiarazioni e carte dei diritti, trattati internazionali affidano alla dignità la difesa della persona dai pubblici poteri e la promozione della sua realizzazione nella società: momenti significativi di questo nuovo corso della giuridificazione sono l'art. 1 del *Grundgesetz* (« La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla »); il riferimento alla pari dignità sociale di tutti i cittadini, all'esistenza libera e dignitosa che deve essere assicurata dal lavoro, alla dignità umana come limite all'iniziativa economica privata, degli artt. 3, 36 e 41 della Costituzione italiana; fino alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: « art. 1 La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata ». I richiami alla dignità, del resto, si infittiscono, a partire dagli anni '90, nella giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel*, in un ambiente, quello francese, inizialmente restio a dare ingresso a questa nuova dimensione del discorso giuridico.

Gli esempi potrebbero continuare, mi limito però soltanto a ricordare – per la sua chiarezza esemplare – l'art. 151 della Costituzione di Weimar: «L'ordinamento della vita economica deve corrispondere alle norme fondamentali della giustizia e tendere a garantire a tutti un'esistenza degna dell'uomo. In questi limiti è da tutelare la libertà economica dei singoli».

La dignità rivela la sua funzione di difesa della persona non solo dai poteri pubblici ma anche dai poteri privati: dignità come limite della libertà economica, della libertà contrattuale e, quindi, come strumento di controllo del contratto da parte dell'ordinamento[11].

E, così, siamo arrivati al cuore di quello che era il campo di incidenza della clausola generale del buon costume. Basti pensare ai celebri casi del *Peep Show* e del lancio del nano per averne conferma[12].

Se di controllo dell'autonomia privata (del contratto) si tratta, diventa importante individuarne i

(dell'ordinamento) verso la società, riscontrabile invece in altri casi ».

[8] L. KLESTA, *La riforma francese del diritto delle obbligazioni: un* atelier *per il diritto codificato?*, in *N.G.C.C.*, 2016, 11, 1543.

[9] D. FENOUILLET, *Les bonnes moeurs sont mortes! Vive l'ordre public philantropique!*, in *Mélanges en l'honneur de P. Catala*, Litec, Paris, 2001, 493.

[10] Cfr., anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Bari, 2012, 140 ss.

[11] Per l'ampio dibattito su questi temi, v. l'accurata ricostruzione di G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Giappichelli, Torino, 2014, 3 ss.

[12] Cfr. G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 6, II, 801 ss.

parametri, quindi la fonte delle regole che il giudice si troverà ad applicare.

Per i compilatori del *Code Napoleon*, attraverso « *les bonnes moeurs* », il giudice doveva farsi custode della morale consegnata dalla tradizione della civiltà francese, del suo senso del buono e del giusto, del limite e del pudore. Ancora nella prima metà del Novecento, George Ripert riempiva la clausola generale del buon costume dei precetti e dei valori di una morale trascendente, quella cristiana[13]; visione a cui si contrapponeva quella sociologica di Demogue[14], per cui il riferimento doveva essere alla cosiddetta morale positiva, quindi a quei precetti e a quei valori diffusi e comuni nel sentire di una società in una data epoca[15]. Certamente, lo spazio della morale cristiana ma anche della morale positiva è andato progressivamente restringendosi nei decenni successivi – via via che si affermava una società pluralista, sempre più aconfessionale e cosmopolita – eroso, in particolare, dall'emersione sempre più definita del diritto dell'uomo all'autodeterminazione. Restituisce nitidamente il senso, ed il percorso, di questa evoluzione, il passaggio da un «sesso biologico» ad un «sesso sociologico», manifestazione piena della autodeterminazione dell'individuo, nella sentenza Van Kück della Corte europea dei diritti dell'uomo, in materia di transessualismo[16].

L'art. 8 della CEDU (1950) stabilisce che ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare. L'ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto può essere ammissibile solo ove sia prevista dalla legge e sia necessaria – tra gli altri obbiettivi di sicurezza nazionale, benessere economico, prevenzione dei reati – alla protezione della salute o della morale. La Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina (1996), che – come è noto – si propone l'obbiettivo (art. 1) di proteggere l'essere umano nella sua dignità e nella sua identità e di garantire ad ogni persona, senza discriminazione, il rispetto della sua integrità e dei suoi altri diritti e libertà fondamentali riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina, all'art. 10 – sancito il diritto di ogni persona al rispetto della propria vita privata – ammette che, a titolo eccezionale, la legge possa prevedere, nell'interesse del paziente, delle restrizioni all'esercizio di questo diritto: in questo caso del riferimento alla morale non vi è traccia.

L'intensità e l'ampiezza del controllo del giudice sul contratto attraverso il principio della dignità, applicato direttamente o per il tramite della clausola dell'ordine pubblico – e la differenza sembra, in effetti, di assai poco rilievo – dipende dal contenuto e dalla funzione che, a questo principio, si voglia attribuire. Una concezione procedurale o soggettiva si confronta con un punto di vista che intende la dignità in senso sostanziale o oggettivo: centrale diventa il confronto dialettico tra autodeterminazione e dignità, che dell'autodeterminazione è causa e conseguenza, fondamento ma anche limite. Un'idea meta positiva della dignità, come principio non bilanciabile con altri principi e valori, porta inevitabilmente ad una funzionalizzazione dell'autodeterminazione – l'individuo deve autodeterminarsi in un modo degno dell'uomo – e riporta, prepotentemente, al centro della scena la morale: ma una morale trascendente o una morale positiva?

Come si vede, si possono superare i "buoni costumi" ma il problema del rapporto tra diritto e morale rimane[17].

[13] G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., Paris, in particolare 28 ss.

[14] R. DEMOGUE, *Traité des obligations en géneral*, I, *Sources des Obligations*, t. 1, Rousseau, Paris, 1923, soprattutto 30 ss.

[15] V. la ricostruzione storica di G. TERLIZZI, *op. ult. cit.*, 3 ss.

[16] C. EDU, 12 giugno 2003, Van Kück c. Germania (n. 35968/97). V. S. PATTI, *Il transessualismo tra legge e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (e delle Corti costituzionali)*, in *N.G.C.C.*, 2016, 1, II, 143 ss.

[17] V. le pagine, ormai classiche, di H.L.A. HART, *The concept of Law*[3], Oxford University Press, Oxford, 2012, 185 ss.