

Sabrina Di Maria

**Cari e ‘vecchi’ *boni mores*.
Primi spunti per una comparazione diacronica**

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L’esperienza giuridica romana – 3. La posizione del diritto intermedio – 4. I Codici nazionali – 5. L’interpretazione successiva all’entrata in vigore dei Codici del XIX e XX secolo – 6. Conclusioni.

ABSTRACT: The essay aims at proving how the study of *boni mores* in Roman law as well as in the civilian tradition can be useful for reconstructing the reasons why some legal systems hinder the application of the general clause prohibiting legal acts contrary to public decency.

KEYWORDS: *boni mores* – Roman Law – Contract Law.

1. *Introduzione*

La clausola del buon costume quale limite all'autonomia negoziale è stata ampiamente indagata, soprattutto dai civilisti, sia nel nostro solo ordinamento sia in un'ottica comparatistica¹.

Come è ben noto, la nozione di buon costume sconta, da sempre, grande incertezza a livello teorico e pone l'annoso problema del complesso e complicato rapporto tra morale e diritto².

Il fine del presente saggio non è tuttavia quello di indagare ulteriormente sul detto rapporto diritto-morale, ma provare a dimostrare - per ora in maniera sintetica, suggerendo l'argomento numerosi spunti che meglio saranno approfonditi in una ricerca di più ampio respiro - su come il diritto romano e la tradizione romanistica possano forse essere di qualche utilità nella ricostruzione delle ragioni dell'ostruzionismo che in alcuni ordinamenti sempre più sembra registrarsi nei confronti della clausola generale in esame.

Dottrina e giurisprudenza hanno identificato i buoni costumi ora con le norme implicite del sistema «che comportano una valutazione del comportamento dei singoli in termini di moralità o di onestà»³, ora con «i canoni

¹ Nella letteratura che si è sedimentata nel corso del tempo, ricordo qui - oltre alle ancora utili voci enciclopediche di A. Trabucchi, *Buon costume*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Milano 1959, pp. 700-706; A. Guarneri, *Buon costume*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, IV, Torino 1988, pp. 121-126; G.B. Ferri, *Buon costume II) Diritto civile*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, V, Roma 1988, pp. 1-7 e più di recente G. Terlizzi, *Buon costume e ordine pubblico (in diritto comparato)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile, Aggiornamento*, Milano 2016, pp. 16-26 - i noti lavori, con riferimento al solo secolo scorso e senza alcuna pretesa di completezza, di F. Ferrara, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano 1914; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, ristampa corretta della II ed., Torino 1952, pp. 382 ss.; G.B. Ferri, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano 1970; S. Rodotà, *Ordine pubblico o buon costume?* in «Giurisprudenza di merito», I (1970), pp. 104-109; G. Panza, *Buon costume e buona fede*, Napoli 1973. Nella letteratura più recente ricordo G. Terlizzi, *Dal buon costume alla dignità della persona. Percorsi di una clausola generale*, Napoli 2013 e Ead., *Erosione e scomparsa della clausola dei 'buoni costumi' come limite all'autonomia contrattuale*, in «Persona e Mercato», (2018/1), pp. 135 ss., cui rinvio per l'ampio ragguaglio bibliografico.

² La letteratura sul tema è molto ampia, mi limito qui a ricordare, in generale sul rapporto tra morale e diritto, H. Ebeling (cur.), I. Kant, *Die metaphisik der Sitten* (1797), Stuttgart 1990, p. 53; M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1925), trad. it., *Economia e Società*, I, Milano 1961, pp. 471 ss.; N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano 1965, pp. 61 ss.; Id., *Diritto e Stato nel pensiero di Immanuel Kant*, Torino 1969, pp. 86 ss.

³ Cfr. E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 382, il quale individua «l'illiceità morale» di una data causa «non già secondo le vedute teoriche di un'etica particolare, religiosa o filosofica, ma alla stregua delle esigenze etiche di quella che al tempo del negozio è la

fondamentali di onestà pubblica e privata alla stregua della coscienza sociale»⁴ o con i principi e le esigenze «etiche appartenenti alla coscienza morale collettiva, cui la generalità delle persone corrette uniforma il proprio comportamento in un determinato ambiente e momento storico»⁵ o ancora con la «matrice etica delle strutture normative vigenti e specialmente delle norme costituzionali»⁶ nonché con il «corpo di regole deontologiche non formalizzate e pregiudiziali»⁷.

Nonostante i numerosi tentativi definitivi però la 'ampiezza' della clausola generale del buon costume si è appalesata man mano sempre più insuscettibile di un impiego effettivo, anche perché il vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale ha infine forse posto più problemi di quanto le definizioni emerse dal medesimo dibattito abbiano valso a risolvere⁸.

coscienza sociale collettiva, l'opinione pubblica della società storicamente determinata che si considera» e opera una distinzione tra una morale sociale sentita e i costumi effettivamente praticati, e che di conseguenza è possibile che un negozio, «quantunque conforme all'uso praticato nella cerchia sociale cui appartengono gli interessati, sia tuttavia illecito, perché quell'uso è riprovato dall'opinione pubblica o coscienza sociale collettiva»; successivamente v. F. Galgano, *Della simulazione, della nullità, dell'annullabilità*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, art. 1414-1446, Bologna 1998, p. 130.

⁴ C.M. Bianca, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano 2000, p. 621.

⁵ Così, tra le altre, Cass. civ., 15 febbraio 2001, n. 7523, in «Il diritto fallimentare e delle società commerciali», II (2001), p. 1190, con nota di A. Di Leo, *Cambiale, promessa di pagamento e negozio contrario al buon costume*; Cass. civ., 21 aprile 2010, n. 9441, in «Giustizia Civile», fasc. I (2011), con nota di A.G. Annunziata, *La nozione di «buon costume» e applicabilità della soluti retentio ex art. 2035 c.c. soluti retentio ex art. 2035 c.c.*, pp. 186 ss.

⁶ D. Carusi, *Illiceità del contratto e restituzioni*, in «Rivista di diritto civile», II (2000), p. 498. V. anche C. Cost. 27 luglio 1992 n. 368: «considerato che il buon costume è un limite che l'art. 21 cost. contrappone alla libertà dei singoli individui, anche riguardo ad esso vale il criterio ermeneutico — che in casi del genere l'interprete della Costituzione e lo stesso legislatore in sede di bilanciamento dei valori costituzionali attraverso le proprie scelte discrezionali, sono tenuti ad osservare — secondo cui, poiché il di più di libertà soppressa costituisce abuso, si può limitare la libertà solo per quel tanto strettamente necessario a garantirla». Sull'ormai superata tesi della circoscrizione dei canoni del buon costume al solo ambito delle norme costituzionali v., tra gli altri, F. Mastropaolo, *Appunti sulla nozione di buon costume come limite per l'autonomia privata*, in «Iustitia», (1995), p. 309; per le critiche a tale tesi, basate in particolare sull'argomentazione in base alla quale sebbene i precetti del buon costume non possano porsi in contrasto con i valori costituzionali, ciò non significa che esso non possa estendersi ad altri principi diversi rispetto a quelli specificati dal Costituente, in quanto la Costituzione dovrebbe essere intesa come fonte di legittimazione e non come fonte di produzione in senso stretto, v., tra gli altri, F. Di Marzio, *Il contratto in generale*, Torino 2000, pp. 43 ss.

⁷ R. Sacco, *Il contratto*, III ed., in R. Sacco-G. De Nova (curr.), *Trattato di diritto civile*, I, Torino 2004, pp. 78 ss.

⁸ Per le critiche in tal senso v. già G. Passagnoli, *Note sull'ordre public dopo la riforma del Code*

Ne è conseguito, soprattutto negli ordinamenti con codici di derivazione francese – ove è contemplata la triplice ipotesi di illiceità del contratto (contrarietà alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume)⁹ – dapprima un processo di osmosi tra i concetti di buon costume e ordine pubblico¹⁰ e poi un quasi totale assorbimento del primo nel secondo (che nel frattempo andava assumendo nuovi contenuti) tanto che già un ventennio fa Dominique Fenouillet pubblicava un saggio dal loquace titolo: *Les bonnes moeurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique!*¹¹.

La presunta morte dei buoni costumi è stata poi definitivamente accertata con l'*Ordonnance* di riforma francese del 2016, che ha formalmente soppresso il riferimento alle *bonnes moeurs* quale limite alla libertà contrattuale, lasciando il solo ordine pubblico¹².

La scelta del legislatore francese sembra così segnare il tramonto di una delle tradizionali valvole di apertura del sistema giuridico rispetto a regole sociali extra-giuridiche, alterando significativamente un modello che aveva ampiamente circolato, a partire dal diritto romano, superando i secoli e giungendo sino a noi.

Per meglio comprendere le ragioni della soppressione dei buoni costumi dai codici nazionali o comunque - laddove il processo di erosione non è stato coronato dall'intervento abolitivo del legislatore¹³ - i motivi dell'atteggiamento sfavorevole di dottrina e giurisprudenza che ne ha segnato il declino a favore del gemello ordine pubblico¹⁴, è forse allora opportuno partire dalla matrice storica della stessa clausola e procedere con «retrospektive Rechtsvergleichung»¹⁵.

civil, in «Persona e Mercato», (2017/4), pp. 198 ss.

⁹ V. *infra*, § 4.

¹⁰ Sul punto v. in specie M. Nuzzo, *Nego궑io illecito*, in «Enciclopedia del diritto», XX, Roma 1990, p. 5.

¹¹ Cfr. D. Fenouillet, *Les bonnes moeurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique!*, in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Études offertes à P. Catala*, Paris 2001, pp. 487 ss.

¹² Cfr. *Code civil*, art. 1102, comma 2: *la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public*, e art. 1162: *Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but*. Sulla riforma francese dei buoni costumi v. in specie, tra gli altri, G. Terlizzi, *Erosione e scomparsa della clausola dei 'buoni costumi' come limite all'autonomia contrattuale*, cit., pp. 135 ss.

¹³ Mi riferisco, tra gli altri, all'ordinamento italiano ove, benché il legislatore non abbia provveduto alla eliminazione della nozione dal Codice civile, si vedono affiorare sostanzialmente gli stessi atteggiamenti culturali che hanno ispirato il legislatore francese.

¹⁴ Sul punto v., tra gli altri, G. Passagnoli, *Note sull'ordre public dopo la riforma del Code civil*, cit., pp. 198 ss.

¹⁵ Per l'espressione v. H. Hübner, *Sinn und Möglichkeiten retrospektiver Rechtsvergleichung*, in H.J. Musielak-K. Schurig (hrsg), *Festschrift für G. Kegel zum 75. Geburtstag 26. Juni 1987*, Stuttgart-Berlin-Köln 1987, pp. 235 ss. Sull'importanza del metodo storico-comparativo,

2. *L'esperienza giuridica romana*

È ben noto che i *mores* furono la prima e principale fonte di produzione del *ius*¹⁶ e che i *boni mores* rappresentarono la giusta fase evolutiva di quegli stessi *mores maiorum*¹⁷. Già nella fase arcaica, l'autonomia contrattuale privata aveva come limite imprescindibile il pieno rispetto dei *boni mores*, considerati come baluardo insuperabile della *urbs* romana e dell'eticità dei suoi principi¹⁸.

Prima di passare all'esame di alcune specifiche fonti è però necessaria un'avvertenza che riprendo da Philipp Lotmar: «Non ci si faccia nessuna grossolana idea circa l'immenso ruolo che l'onestà e la disonestà giocano nel diritto romano e dell'ampio spazio che il sempre ripetuto riferimento alla moralità e la costante aspirazione a rimanere in armonia con la morale occupano nelle discussioni e nelle decisioni degli ideatori e dei promotori del diritto romano»¹⁹.

I *boni mores* quale limite dell'autonomia privata possono essere apprezzati solamente dalla casistica giurisprudenziale, ove non si riscontra alcuna elucubrazione filosofica o sociologica, ma si avverte invece la concreta esigenza, per una corretta soluzione giuridica, che i *mores* si affianchino al diritto e che i primi non possano essere comunque rinnegati dal loro alleato che non può rivendicare alcun ruolo preminente²⁰.

autorevolmente illustrato sia in Italia sia fuori dai confini nazionali, non vorrei insistere in questa sede onde evitare di ripetere argomentazioni ormai già ben note; sul punto rinvio a G. Santucci, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, II ed., Bologna 2018, p. 58 s., in particolare ntt. 126-131; v. anche di recente G. Santucci-P. Ferretti-S. Di Maria (curr.), *Fondamenti del diritto europeo. Esperienze e prospettive*, Trieste 2019 e S. Di Maria-G. Santucci, "Comparison involves history", in *Pluralismo nel diritto costituzionale comparato*, 2020 (<https://www.robertotoniatti.eu/>).

¹⁶ Sul punto basta anche un semplice sguardo alla nostra manualistica: cfr., per tutti, M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, III ed., Palermo 2006, p. 39.

¹⁷ Per un rapido inquadramento sull'evoluzione dei *mores* v. J. Plescia, *The development of the doctrine of "boni mores" in Roman Law*, in «RIDA» 3e s., XXXIV (1987), pp. 265 ss.

¹⁸ Cfr. F. Schultz, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1968, pp. 81 ss.

¹⁹ Cfr. P. Lotmar, *Il contratto contrario alla morale, in particolare in diritto comune (1896): Premessa e §§ 1-2*, in I. Fragnoli, L. Nogler (curr.), *La giustizia e altri scritti*, Milano 2020, p. 107, che è la traduzione italiana dell'originario testo di P. Lotmar, *Der unmoralische Vertrag, insbesondere nach gemeinem Recht*, Leipzig 1896, VII, 1-13.

²⁰ Sulla distinzione tra diritto e morale nel diritto romano vi è stato chi ha sostenuto che la differenza sia contenutistica, così, tra gli altri, M. Voigt, *Das Jus naturale, aequum et bonum und jus gentium*, I, Leipzig 1856, p. 344; chi invece ha tracciato la differenza fra diritto e morale non secondo il contenuto, ma secondo la forma, in tal senso, tra gli altri, R. von Jhering, *Der Zweck im Recht*, I, Leipzig 1877, p. 297 e nella letteratura più recente è prevalsa ora l'una ora

Vediamo allora la concreta articolazione casistica delle soluzioni giurisprudenziali classiche, che mostra i *boni mores* quale limite dei diversi ‘tipi’ contrattuali:

D. 45.1.61 (Iul. 2 *ad Urs. Fer.*): *Stipulatio hoc modo concepta: ‘si heredem me non feceris, tantum dare spondes?’ inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio.*

Giuliano ritiene che l'intera *stipulatio* che riporta debba considerarsi *inutilis* perché una clausola di quel contratto (*si heredem me non feceris*)²¹ appare contraria ai *boni mores*²².

Allo stesso modo è considerato nullo il mandato contrario ai buoni costumi:

Gai. 3.157: *Illud constat, si quis de ea re mandet, quae contra bonos mores est, non contrahi obligationem; veluti si tibi mandem, ut Titio furtum aut iniuriam facias.*

Si tratta di contratti - sia nel caso della *stipulatio* del brano di Giuliano sia nella

l'altra opinione.

²¹ Solo la prima parte della stipulazione riportata da Giuliano (*si heredem me non feceris*) è infatti *contra bonos mores*, la restante parte (*dare tantum spondes?*) è di per sé lecita, tuttavia a causa della prima parte l'intera *stipulatio* diventa *inutilis*.

²² Un'altra interessante testimonianza di *stipulatio* invalida perché contraria ai *boni mores* è quella di D. 45.1.134 pr. (Paul. 15 *resp.*): *Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaio Seio habente familiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gaii Seii filio Titiae desponderetur, et interpositum est instrumentum et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset: postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero, an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione. Respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inbonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta.* Tizia e Gaio Seio, al momento delle nozze, si impegnano, con una reciproca *stipulatio poenae*, a fidanzare i rispettivi figli, nati da precedenti matrimoni. Morto, *constante matrimonio*, Gaio Seio, sua figlia *noluit nubere*. Si chiede se gli eredi di G. Seio siano o meno responsabili *ex stipulatione*. Secondo Paolo gli eredi potranno efficacemente respingere l'eventuale *actio ex stipulatu* della controparte con l'*exceptio doli mali*, in quanto la *stipulatio poenae* non può essere considerata valida, perché non è stata interposta *secundum bonos mores*. Sulla promessa di fidanzamento contemplata nel brano in esame v. R. Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, III ed., Padova 1994, p. 44. Sul brano v. in specie anche P. Ferretti, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, Milano 2000, in spec. pp. 23 ss.; Id., *Doni fatti a causa della promessa di matrimonio. Prospettiva storico-comparatistica*, in «Labeo», XLV (1999), pp. 76 ss. e Id., *La misteriosa ratio dell'art. 80 del Codice civile italiano*, in G. Santucci (cur.), *Fondamenti del diritto europeo. Seminari trentini*, Napoli 2012, pp. 137 ss., in spec. pp. 155-156. Per quanto concerne nello specifico l'eccezione di dolo contemplata nel brano v. P. Cerami, *L'eccezione di dolo generale in materia di persone e famiglia*, in L. Garofalo (cur.), *Eccezione di dolo generale. Diritto romano e Tradizione romanistica*, Padova 2006, p. 154. Sulla *stipulatio poenae* reciproca del testo in esame mi permetto di rinviare anche a S. Di Maria, *La responsabilità dell'erede nel diritto romano dei contratti*, I, Torino 2020, pp.139 ss.

fattispecie concernente il mandato del manuale istituzionale gaiano - che non violano specifici precetti giuridici, ma che, secondo i *prudentes*, devono essere egualmente invalidati in base a principi differenti, ma che hanno comunque una posizione di preminenza rispetto agli stessi precetti giuridici e quindi non possono da essi essere derogati.

In tema di mandato risulta interessante in questo contesto anche il seguente brano di Papiniano:

D. 17.1.7 (Pap. 3 *resp.*): *Salarium procuratori constitutum si extra ordinem peti coeperit, considerandum erit, laborem dominus remunerare voluerit atque ideo fidem adhiberi placitis oporteat an eventum litium maioris pecuniae praemio contra bonos mores procurator redemerit.*

Il brano riguarda la promessa del *salarium*²³ a favore del *procurator litis*²⁴, promessa che avrebbe potuto pure nascondere un *pactum de redemptione litis*, nella pratica usato, pur se avversato dalla giurisprudenza e dalla legislazione del tempo²⁵: il giurista pertanto mette in chiaro che perché si accordi la tutela di tale promessa essa non deve nascondere un *pactum* che spinga il *procurator*, *contra bonos mores*, a *redimere eventum litium maioris pecuniae praemio*.

Testimone del mandato *contra bonos mores* è anche il noto brano del commentario *ad edictum* di Ulpiano relativo all' *adulescens luxuriosus*:

D. 17.1.12.11 (Ulp. 31 *ad ed.*): *Si adulescens luxuriosus mandet tibi, ut pro*

²³ Sul significato da attribuire al termine *salarium* usato nel brano v. G. Coppola Bisazza, *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Milano 1984, PP. 211 ss. e Ead., *Brevi riflessioni sulla gratuità del mandato*, in C. Russo Ruggeri (cur.), *Studi in onore di Antonino Metro*, I, Milano 2009, pp. 483 ss. (= *Dalla gratuità alla presunzione di onerosità. Considerazioni sul contratto di mandato alla luce di redenti studi*, in «TSDP» III [2010], pp. 38 ss.).

²⁴ Sappiamo che il *procurator* fu in origine un incaricato al quale veniva demandata l'amministrazione, anche giudiziaria, di tutto il patrimonio del *dominus negotii*. In quanto tale, egli era chiamato a rispondere nei confronti di quest'ultimo con un'azione di carattere generale, che era l'*actio negotiorum gestorum*. Quando tuttavia si ammise il conferimento di una procura *unius rei*, la situazione del *procurator* si accostò a quella del semplice mandatario, con applicazione dell'*actio mandati* e affidamento di incarichi anche di ampia portata; cfr. soprattutto D. 17.1.60.2 (Scaev. 1 *resp.*); D.17.1.31 (Iul. 14 *dig.*); Gai. 3.155; D. 17.1.2.1 (Gai 2 *cott.*); D. 3.3.46.7 (Gai 3 *ad ed. prov.*). Sull'argomento v. G. Coppola Bisazza, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini. Contributo allo studio della storia della rappresentanza*, Milano 2008, pp. 263 ss. e Ead., *Profili di diritto privato. Tra antico, moderno e postmoderno*, I, Milano 2016, 85 ss.; per la classicità del mandato generico v. invece M. Miceli, *Studi sulla "rappresentanza" nel diritto romano*, Milano 2008, p. 207 s.; pp. 321 ss.

²⁵ Su questa problematica v. ancora G. Coppola Bisazza, *Cultura e potere*, cit., pp. 198 ss.; successivamente A. Dimopoulou, *La rémunération de l'assistance en justice. Étude sur la relation avocat-plaideur à Rome*, Atene 1999, pp. 415 ss.; T. Rundel, *Mandatum zwischen utilitas und amicitia. Perspektiven zur Mandatarhaftung im klassischen römischen Recht*, Münster 2005, pp. 84 ss.

meretrice fideiubeas, idque tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem, quia simile est quasi perdituro pecuniam sciens credideris. Sed et si ulterius directo mandaverit tibi ut meretrici pecuniam credas non obligabitur mandati, quasi adversus bonam fidem mandatum sit.

Il giurista afferma che nel caso in cui un giovane di costumi sregolati dia mandato a un amico di prestare fideiussione a favore di una meretrice, al mandatario, sempre che sia *sciens*, sarà negata l'*actio mandati contraria*, perché la sua condotta è immorale, in quanto è simile a quella di chi, consapevolmente ha prestato denaro a un giovane scialacquatore. Nella seconda parte del brano (da *sed et si ulterius* alla fine) si prende invece in esame la fattispecie in cui il giovane dia mandato all'amico di dar denaro a mutuo alla meretrice; anche in tal caso Ulpiano nega al mandatario, per il caso evidentemente che questi non riesca a recuperare dalla donna la somma mutuata, l'*actio mandati contraria*, in quanto il mandato è nullo perché contrario alla *bona fides*, essendone l'oggetto *contra bonos mores*²⁶.

Una definizione generale invece di *boni mores* e dunque una identificazione del loro contenuto è stata scorta dalla dottrina nel seguente brano papiniano:

D. 28.7.15 (Pap. 16 *quaest.*): *Filius, qui fuit in potestate, sub condicione scriptus heres, quam senatus aut principis improbant, testamentum infirmet patris, ac si condicio non esset in eius potestate: nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.*

La fattispecie presa in considerazione dal giurista è la seguente: un padre istituisce erede il proprio figlio, ancora soggetto alla sua *potestas*, sotto una condizione che, per il suo contenuto, era disapprovata da disposizioni senatorie e imperiali. Siffatta *condicio* rende invalido il testamento, sulla base di un'equivalenza che Papiniano istituisce tra il disagio morale che deriva al soggetto dal dover compiere qualcosa contro il buon costume e la vera e propria impossibilità. Atteggiamenti dunque disdicevoli dal punto di vista della morale, legale o anche sociale, finiscono con il confluire nella categoria della impossibilità giuridica.

Il giurista sembra infatti equiparare alle condizioni impossibili una condizione immorale rivolta a promuovere una condotta in contrasto col senso di

²⁶ Sulla rintracciabilità nel testo ulpiano di un mandato *contra bonos mores* v., tra gli altri, S.A. Fusco, *Adulescens luxuriosus. Ulp. D.17.1.12.11— ein Mandat contra bonos mores?*, in: D. Nörr-S. Nishimura (hrsg.), *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht, Beiträge zum römischen und modernen Recht*, Berlin-Heidelberg 1993, in specie 389. Sul punto v. anche F. Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin 1934, 160 ss. (trad. it. *I principii del diritto romano*, Firenze, 1946 [rist. 1995], 164 ss.).

doveroso rispetto (*pietas*) o della dignità personale (*verecundia*) o con la onorabilità sociale (*existimatio*)²⁷. Nessuna manifestazione di volontà, neppure quella del testatore, può mettere in discussione l'osservanza della *pietas* e l'intangibilità della *existimatio* o della *verecundia*: il riguardo ad esse dovuto, non ha nulla a che fare con la libertà individuale, la quale mai può pretenderne la rinuncia, in ossequio ad un'errata valutazione del concetto di autonomia privata.

Ora, è vero che la definizione dei *boni mores*, che si vuole attribuire a Papiniano, va esaminata alla stregua della situazione di fatto da lui considerata e pertanto alle condizioni testamentarie, ma è anche vero, che se si riconosce la genuinità del brano²⁸, nella chiusa di questo non può non vedersi un'astrazione dal caso concreto che porta a intravedere nei *boni mores* uno *standard* in base al quale valutare tutte le manifestazioni di volontà. Nell'agire concreto il *vir bonus* è colui, che, tra l'altro, vive *secundum bonos mores*²⁹.

²⁷ La parificazione delle condizioni illecite con quelle impossibili ad opera di Papiniano, è stata riconosciuta da larga parte della dottrina; v. per tutti P. Voci, *Diritto ereditario romano*, II, Milano 1967, p. 636 e p. 803. Di avviso contrario G. Grosso, *I legati*, Torino 1962, p. 440 e A. Calore, *La rimozione del giuramento: condicio iurisiurandi e condicio turpis nel testamento romano*, Milano 1988, p. 150 nt. 2. In argomento v. anche A. Sicari, *Leges venditionis- Uno studio sul pensiero giuridico di Papiniano*, Bari 1996, p. 362 nt. 107: «Papiniano, si fa portatore nell'ordinamento giuridico romano, nonostante le evidenti differenze tra l'una e l'altra, di una norma come l'art. 1354, 1° comma del Codice civile... Mi sembra che in qualche misura la *ratio legis* sia identica nella disposizione antica come in quella moderna».

²⁸ Per quanto riguarda l'autenticità del testo si schierano a favore J. Cuiacius, *Opera postumora quae de iure reliquit*, IV, Paris 1637, pp. 366 ss.; F. C. Von Savigny, *System des Heutigen Römischen Rechts*, III, Berlin 1840, p. 171 nt. d; F. Messina-Vitrano, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi*, I, *I negozi "iuris civilis" sotto condizione illecita*, in «Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Perugia», XXXIII (1921), p. 632; S. Riccobono, *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*, Milano 1949, p. 71; F. Wieacker, *Texturten klassischer Juristen*, Göttingen 1960, p. 334; Th. Mayer-Maly, *Contra bonos mores*, in *Iuris professio: Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien - Köln - Graz 1986, pp. 151 ss. e Id., «*Verecundia*», in *Estudios en homenaje al professor J. Iglesias*, I, Madrid 1988, p. 384, che istituisce un confronto tra il testo in questione e D. 48.7.7 (Call. 5 de cogn.): *Creditores si adversus debitores suos agant, per iudicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent: alioquin si in rem debitoris sui intraverint id nullo concedente, Divus Marcus decrevit ius crediti eos non habere. verba decreti haec sunt. 'optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris: interim ille in possessione debet morari, tu petitor es'. et cum marcianus diceret: 'vim nullam feci': Caesar dixit: 'tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit. non puto autem nec verecundiae nec dignitati nec pietati tuae convenire quicquam non iure facere. quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo indice temere possidere, eumque sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non habebit'* e ciò per sottolineare una ricorrenza terminologica che diventa sintomo significativo dell'origine classica anche del primo. In senso contrario si ricordi invece, a titolo esemplificativo, M. Kaser, *Rechtswidrigkeit und Sittenswidrigkeit im klassischen römischen Recht*, in «ZSS», LX (1940), p. 149; F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., p. 237.

²⁹ Sul modello 'concreto' di *vir bonus* v. G. Santucci, *Il giudizio del vir bonus nel diritto di usufrutto*,

Una generalizzazione si può scorgere anche nel commentario *ad edictum* di Ulpiano, questa volta con specifico riferimento a contratti e patti:

D. 16.3.1.7 (Ulp. 30 *ad ed.*): *Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est.*

Il giurista severiano, a proposito del criterio di imputazione della responsabilità del depositario³⁰, individua la *ratio* dell'assenza di validità del patto di non prestare il dolo nella contrarietà dello stesso alla *bona fides* e ai *boni mores*.

La parte finale *nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est* sembra voler assumere i caratteri di una regola generale indicando che i contraenti, quali che fossero le loro finalità e ragioni, avrebbero potuto sì disporre liberamente, ma non avrebbero mai potuto accordarsi appunto su clausole *contra bonam fidem contraque bonos mores*. L'esigenza di generalizzazione nel brano si avverte dal richiamo diretto alla buona fede – indipendentemente dalla natura dell'*iudicium* e quindi di là dagli stessi *iudicia bonae fidei* – e

in A. Lovato (cur.), *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica. Incontro di studio Trani, 28-29 ottobre 2011*, Bari 2013, pp. 139 ss. Sul *vir bonus* dei romani v. anche G. Falcone, *L'attribuzione della qualifica di "vir bonus" nella prassi giudiziaria d'età repubblicana (a proposito di Cato, or. frg. 186 Sblend. = 206 Malc.)*, in «AUPA», LIV (2010-2011), pp. 55 ss. (pubblicato anche in A. Lovato [cur.], *Vir bonus*, cit., pp. 39 ss., con l'aggiunta di *Appendice su 'optimus' 'probus' 'fortis'* [83 ss.]); Id., *La formula "ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione" e la nozione di "vir bonus"*, in «Fundamina», XX (1) (2014), pp. 258 ss. e Id., *La definizione di obligatio tra diritto e morale. Appunti didattici*, Torino 2017, pp. 39 ss., il quale ritiene che il sintagma *vir bonus* debba essere interpretato in chiave «etico-comportamentale». Diversamente R. Fiori, *La gerarchia come criterio di verità "boni" e "mali" nel processo romano arcaico*, in C. Cascione-C. Masi Doria (curr.), *Quid est veritas? Un seminario su verità e forme giuridiche*, Napoli 2013, pp. 195 ss. e Id., *Bonus vir. Politica, filosofia, retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli 2011, in spec. pp. 108 ss., che sostiene che l'accezione di *vir bonus* debba essere intesa in chiave «gerarchico-sociale». Aderiscono invece alla lettura in chiave morale della qualifica *vir bonus* – lettura che anche io condivido – P. Cerami, *Rec. a R. Fiori, Bonus vir*, cit., in «Iura», LXI (2013), p. 349 s. e C. Russo Ruggeri, *La rilevanza dell'anteacta vita nell'esperienza processuale romana tra insegnamento retorico, pratica forense e considerazione giurisprudenziale e normativa*, in «AUPA», LX (2017), pp. 117 ss.

³⁰ Nel brano posto nel Digesto immediatamente prima di quello in esame, Ulpiano si sofferma sulla possibilità nell'ambito del contratto di deposito, tramite un patto aggiunto *in continenti*, di estendere la responsabilità del depositario alla *culpa*, cfr. D. 16.3.1.6 (Ulp. 30 *ad ed.*): *Si convenit, ut in deposito et culpa praestetur, rata est conventio: contractus enim legem ex conventionem accipiunt*. Sul punto v., tra gli altri, R. Cardilli, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (ii sec. a. C. – ii sec. d. C.)*, Milano 1995, pp. 469 ss. e Id., *Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra natura contractus e forma iuris*, in R. Fiori (cur.), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, Napoli 2008, p. 36.

dall'invocazione dei *boni mores*, quali fondamenta dello stesso *ius*³¹. L'accostamento tra *bona fides* e *boni mores* è denso, a mio avviso, di significato: pur non volendo riconoscere alla *bona fides* la medesima accezione morale dei buoni costumi, essa resta comunque connessa «con la struttura della società e con i suoi bisogni economico-sociali» ed è caratterizzata «da una serie di obblighi socio-giuridici la cui elaborazione è affidata ai *prudentes*»³², presentando dunque un'affinità interna con i *boni mores*.

La conferma che l'assunto di Ulpiano costituisca un rinvio di carattere generale e dunque che la necessità di non contravvenire i *boni mores* fosse insita in ogni patto, oltre che in quello del *pactum ne dolus praestetur*, è data da un rescritto del 213:

C. 2.3.6 (Imp. Antoninus A. Iuliae Basiliae): *Pacta, quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati iuris est.*

La costituzione emanata da Antonino Pio, ove i *boni mores* sono equiparati, in una sorta di elenco di fonti del diritto a *leges* e *constitutiones*, si inseriva probabilmente tra i numerosi rescritti resisi necessari per chiarire i termini del *ius romanum* ai nuovi *cives*, dopo l'estensione della cittadinanza romana a tutto l'Impero, avvenuta l'anno prima, allorché Ulpiano non era più a capo dell'*officium a libellis*, ma questo non serve certo ad escludere un possibile legame tra la costituzione e il suo commento³³.

L'accostamento tra *leges* e *boni mores* si legge come regola generale anche nelle *Pauli Sententiae*³⁴:

PS. 3.4b.2: *Condiciones contra leges et decreta principum vel bonos mores adscriptae nullius sunt momenti: veluti si uxorem non duxeris, si filios non susceperis, si homicidium feceris, si larvali habitu processeris et his similia.*

Cons. 4.8 (PS. lib. III, tit. *de inst. hered.*): *Pacta vel condiciones contra leges vel decreta principum vel bonos mores nullius sunt momenti.*

³¹ Mette bene in evidenza il tentativo di allargamento insito nel passaggio ulpiano, S. Tafaro, *Regula e ius antiquum in D. 50. 17. 23. L'analisi di Ulpiano*, Bari 1984, p. 73 ove l'autore, a proposito del richiamo dei *boni mores*, afferma: «Non mi pare sia temerario affermare che con essi si intendesse stabilire un rinvio a concezioni ancora più generali dell'ordinamento giuridico»; v. anche Id., *Giustizia e diritti*, in «Zeszyty Naukowe KUL», LX (2017), p. 196.

³² Così a proposito della *bona fides* R. Fiori, *Fides, bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in R. Fiori (cur.), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, cit., p. 259, il quale nega tuttavia che *fides* e *bona fides* siano categorie morali o formule vuote.

³³ Sul punto v. in specie S. Tafaro, *Regula e ius antiquum in D. 50. 17. 23*, cit., p. 72.

³⁴ Sulla paternità delle *Pauli Sententiae*, problema con il quale la romanistica si è costantemente confrontata, v. ora per tutti I. Ruggiero, *Ricerche sulle Pauli Sententiae*, Milano 2017.

Si tratta di testi in cui appunto i *boni mores* sembrano essere concepiti come un sistema normativo equivalente al *ius*: due sistemi diversi, ma che possono in alcuni casi anche coincidere. Ciò che è vietato giuridicamente e ciò che è contrario ai *boni mores* si trovano combinati sì come qualcosa di diverso, ma con la stessa valenza giuridica³⁵.

Le fonti evidenziano che non solo il diritto tollerava la morale, ma piuttosto la esigeva. Nel caso del negozio *contra bonos mores*, accanto alla valutazione giuridica, i *prudentes* considerano uno spazio morale, o comunque extragiuridico, e lasciano che esso influenzi quello giuridico e viceversa.

3. La posizione del diritto intermedio

Nel diritto comune, dietro il *ius*, si individua un universo di norme composto, oltre che di *lex*, anche di *aequitas*, *natura* e *boni mores*, che non si lascia ricondurre a una artificiale unità. Ne possiamo avere un'immediata riprova leggendo un passo della *Summa Codicis* del Piacentino nonché passaggi del Commentario al Digesto di Baldo degli Ubaldi:

*Item quaedam pacta sunt inutilia, quaedam vero turpia, ut de homicidio facendo...*³⁶
*...condictio ob turpem causam non habet locum in contractibus nominatis, ut in contractu stipulationis...*³⁷
*...contractus conformare debent se, natura rerum, moribus patriae, et aptitudini, et iuri, et naturae...*³⁸

Il Piacentino mostra innanzi tutto l'impossibilità di ridurre su un unico tessuto normativo la *ratio* dell'illiceità di taluni accordi³⁹.

In particolare, gli esempi dei contratti *contra bonos mores* riportati nel *Corpus iuris* vengono ripresi dai commentatori che continuano a considerare tali contratti turpi e perciò invalidi, come è posto chiaramente in luce da Baldo degli Ubaldi allorché afferma che la condizione *ob turpem causam* non può essere

³⁵ Cfr. P. Lotmar, *Il contratto contrario alla morale*, cit., p. 113.

³⁶ *In Codicis... libros IX. Summa a Placentino...*, Moguntiae, 1535 (rist. an. Torino, 1962), 43 ad t. *De pactis* (C. 2.3).

³⁷ Baldi Ubaldi... *Commentaria in secundam Digesti Veteris partem...*, Venetiis, 1572, f. 72 rb, n. 3, ad l. *Si ob turpem* (D. 12.5.8):

³⁸ Baldi Ubaldi... *Commentaria in secundam Digesti Veteris partem...*, cit., ad § *Mutui datio* (D. 12.1.2.1), f. 5 va.

³⁹ Sul passaggio del Piacentino v., tra gli altri, R. Volante, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani*, Milano 2001, p. 64.

inserita nei contratti siano essi tipici o atipici e che i contratti devono «conformare se» oltre che al diritto anche ai *mores patriae*.

Numerosi sono, successivamente, i richiami ai *boni mores* nell'ambito del diritto successorio. Un esempio riguardante le successioni è riprodotto nel *Commentarius in Codicem Justinianum* del giureconsulto tedesco del XVII secolo Johann Brunnemann:

*...incivile sit, viventis hominis bona in sortem et divisionem vocare, et ita quasi ejus mortem voto ac spe praecipere*⁴⁰.

In particolare, il giurista ritiene *incivile* la successione di una persona vivente, laddove l'aggettivo «*incivile*» deve probabilmente essere considerato equivalente all'espressione tipica delle fonti giurisprudenziali romane *contra bonos mores*⁴¹.

Pochi autori si avventurarono, però, oltre la mera casistica: uno dei primi ad adottare un approccio più generalizzato fu Donello nei *Commentarii de iure civili* laddove afferma che «*quod attinet ad turpes conventiones, quae eadem sunt contra bonos mores*»⁴².

A cavallo tra il XVIII e il XIX secolo la regola generale è che tutti i negozi giuridici *contra bonos mores* sono nulli. In questo periodo un apporto decisivo al contenuto della nozione di buon costume, ed anche alla sua particolare connotazione morale ed extra-giuridica, proviene dai Trattati di Domat e di Pothier:

*Les nullités des conventions sont ou naturelle, ou dépendantes de la disposition de quelque loi. Ainsi les conventions contraires aux bonnes moeurs, comme un traité sur la succession future d'une personne vivante, et celles qui sont impossibles sont naturellement viciieuses et nulles...*⁴³

42. *Tout engagement doit avoir une cause bonnête...* 43. *Lorsque la cause, pour laquelle l'engagement a été contracté, est une cause qui blesse la justice, la bonne foi ou les bonnes moeurs, cet engagement est nul, ainsi que le contract qui le renferme...*⁴⁴

In *Les loix civiles dans leur ordre naturel* di Domat, le *bonnes moeurs*, e il loro ruolo, vengono esplicitamente ricollegate al diritto naturale. Per il giurista francese vi sono due tipi di 'leggi', quelle che sono di diritto naturale e quelle che sono di

⁴⁰ Johannis Brunnemanni, *Commentarius in Codicem Justinianum... Tomus primus*, Coloniae Allobrogum, 1771, 92 b, n. 2 ad l. *De quaestione* (C. 2.3.30).

⁴¹ Sul brano v., tra gli altri, H. Schmidt, *Die Lehre Die Lehre von der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte in historischer Sicht*, Berlin 1973, ristampa 2020, p. 55.

⁴² Hugonis Donelli... *Opera omnia. Commentariorum de iure civili. Tomus Tertius...*, Lucae 1763, c. 625, n. 16 (lib. 12, cap. 21): *Quod attinet ad turpes conventiones, quae eadem sunt contra bonos mores, non dubitamus definire generaliter et sine exceptione, quod supra, omnes ipso iure non valere.*

⁴³ *Les loix civiles dans leur ordre naturel... Par. M. Domat...*, Tome I, Paris 1745, 30 a-31 a (part. 1, lib. 1, tit. 1, sez. 5, nn. 6 e 13).

⁴⁴ R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, in *Œuvres*, I, Bruxelles, 1831, 13, nn. 42-43.

diritto positivo, vi sono anche due tipi di contratti illeciti, quelli che violano il diritto naturale e i buoni costumi, e quelli che violano il diritto positivo. Per Domat, lo schema della illiceità contrattuale è dunque costruito sulla base della bipartizione: contrarietà alle norme del diritto positivo e contrarietà alle norme del diritto naturale, ovverosia le *bonnes moeurs*.

Interessante anche il *Traité des obligations* di Pothier ove sono accostati *justice*, *bonne foi* e *bonnes mœurs*, accostamento che tanto ricorda quel «*contra bonam fidem contraque bonos mores*» di Ulpiano in D. 16.3.1.7.

E proprio per il tramite di Domat prima e Pothier poi, che la regola della nullità di ogni convenzione contraria al buon costume influenzerà i padri del *Code civil*, ma non senza discussioni al proposito.

Va infatti rilevato che l'introduzione nel *Code Napoléon* del limite dei buoni costumi fu accompagnata da un infuocato dibattito: la nozione era stata criticata, tra gli altri, da alcuni membri del Tribunato, che si distinsero, in un clima di generale accettazione del patrimonio giuridico della tradizione classica, manifestando dichiaratamente il loro dissenso al riconoscimento delle *bonnes moeurs* negli articoli del codice⁴⁵.

Fra gli avversari delle *bonnes moeurs* spiccavano i tribuni Faure e Andrieux, i quali consideravano la nozione di buoni costumi troppo vaga e sostanzialmente destinata a non poter giocare, negli articoli del Codice, un ruolo autonomo rispetto a quello del nuovo ordine pubblico⁴⁶, formula questa sconosciuta alla tradizione romanistica, ma nata dalle nuove idee e i nuovi principi elaborati dalla Rivoluzione francese⁴⁷.

Tuttavia in quel contesto la opinione favorevole all'ingresso delle *bonnes moeurs* nel diritto codificato prevalse, e la nozione fu consacrata all'interno del codice civile quale contraltare del fondamentale principio di libertà contrattuale⁴⁸.

4. I codici nazionali

⁴⁵ M. Andrieux, *Rapport fait à l'Assemblée Générale, par M. Andrieux, au nom de la Commission Spéciale, Séance de Tribunat du 12 frimaire An X – 3 décembre 1801*, in P.-A Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil, suivi d'une édition de ce code*, I, Paris 1827, p. 67.

⁴⁶ G. Llorca, *L'introduction des bonnes mœurs dans le code civil*, in *Les Bonnes Mœurs*, Paris 1994, p. 75.

⁴⁷ Sulla clausola dell'ordine pubblico e sulla sua introduzione nel *Code Civil* v. G. Terlizzi, *Dal buon costume alla dignità della persona*, cit., pp. 9 ss.

⁴⁸ J.É.M. Portalis, *Discours préliminaire prononcés par Portalis, le 24 thermidor an 8, lors de la présentation du projet arrêté par la commission du gouvernement*, in P.-A Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil, suivi d'une édition de ce code*, I, cit., p. 509 s.

Il *Code Napoléon* accoglie dunque i *boni mores* come limite dell'autonomia contrattuale, ma li accosta, oltre che alle norme imperative di legge, al nuovo ordine pubblico. Per il *Code civil*, la conformità di un contratto all'ordine pubblico e al buon costume veniva assicurata attraverso l'esame della conformità del suo oggetto o della sua causa (cfr. *Code civil*, artt. 1133 e 1172)⁴⁹: per essere valido, un contratto non doveva essere concluso *contra legem* né contrario all'ordine pubblico e al buon costume (cfr. *Code Civil*, artt. 6 e 1131)⁵⁰.

Per i francesi del XIX secolo *les bonnes mœurs* sono i costumi '*des honnêtes gens*', quei costumi la cui trasgressione pregiudica i valori e le istituzioni della società⁵¹.

L'ordine pubblico, generato, dalla rottura dell'unità giuridica del mondo occidentale (con la formazione degli Stati nazionali e dei loro differenziati principi) e codificato da Napoleone, è anch'esso, al pari dei buoni costumi, una clausola generale e come tale consente di adeguarne il contenuto non solo ai multiformi irripetibili aspetti assunti dalla realtà in un determinato momento storico, bensì anche ai mutamenti della coscienza nel tempo: è quindi un concetto elastico e storicamente variabile a seconda della esperienza giuridico-organizzativa cui partecipa (in tal modo la stessa formula, inizialmente recependo i valori emersi dalla Rivoluzione francese, ha poi espresso i principi degli ordinamenti moderni)⁵².

Dopo l'entrata in vigore del *Code civil*, la coppia buon costume-ordine pubblico, destinata successivamente a essere interpretata come espressione di un concetto unitario, viene recepita dai codici di derivazione francese.

Per quanto riguarda la tradizione italiana, le disposizioni del *Code civil* vengono ripetute quasi alla lettera nei codici preunitari nonché nel Codice per il Regno d'Italia del 1865⁵³.

⁴⁹ *Code civil*, art. 1133: *La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* e art. 1172 *Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend.*

⁵⁰ *Code civil*, art. 6: *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* e art. 1133: *La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.*

⁵¹ Cfr. P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Paris 2003, p. 298: «...*les bonnes mœurs... s'inspirent d'une règle morale, la morale civile, qui a laïcisé une morale religieuse, la morale chrétienne.*»

⁵² Sull'ambiguità della clausola ordine pubblico v. P. Malaurie, *L'ordre public e le contract*, Reims 1953, pp. 3 ss. Certamente però l'avvento delle costituzioni repubblicane costituisce un momento fondamentale nella ricostruzione del concetto attuale di ordine pubblico; cfr. a tal proposito G. B. Ferri, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano 1970, pp. 191 ss.

⁵³ Per i codici preunitari v. ad esempio, Codice civile per il Regno delle due Sicilie, art. 1087: *La*

Alcuna sostanziale differenza si riscontra neppure nel Codice civile del 1942, ove, secondo la formulazione dell'art. 1343, la causa è illecita quando contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume⁵⁴. Permane dunque, esattamente come nei precedenti Codici del XIX secolo, un'esigenza di difesa dei valori fondamentali della società, sia dei valori di natura collettiva, che attengono cioè alla pacifica e civile convivenza fra gli uomini e al loro progresso economico e sociale, sia di valori di natura individuale, relativi alla libertà, alla dignità, alla sicurezza dei singoli⁵⁵.

La triplice ipotesi di illiceità del contratto era già stata ripetuta nel *Código civil español*. Precisamente nelle *Disposiciones generales de los contratos*, l'art. 1255 stabilisce: «*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*». Il legislatore spagnolo usa il termine *moral*, che ripete anche a proposito della causa del contratto all'art. 1275: «*Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral*». In un solo caso, nel Codice civile spagnolo ricorre il sintagma *buenas costumbres*, in luogo di *moral*: si tratta dell'art. 1271, comma 3, a proposito dell'oggetto del contratto: «*Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres*».

È chiaro che i termini *moral* e *buenas costumbres* sono usati come sinonimi e che, dunque, per l'ordinamento spagnolo, il buon costume coincide, *expressis verbis*, con la morale⁵⁶.

causa è illecita, quando è proibita dalla legge, e quando è contraria a' buoni costumi o all'ordine pubblico e Codice civile Albertino, art. 1224: La causa è illecita, quando è proibita dalla legge, quando è contraria ai buoni costumi o all'ordine pubblico. Si veda anche, Codice civile del 1865, art 1133: La causa è illecita quando essa è proibita dalla legge, quando è contraria ai buoni costumi o all'ordine pubblico nonché l'art. 12 delle Disposizioni generali al codice civile del 1865 che stabiliva: Nonostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso le leggi, gli atti, le sentenze di un paese straniero potranno derogare alle leggi proibitive del regno che concernono le persone, i beni o gli atti; né alle leggi che riguardano in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume.

⁵⁴ Cfr. Codice civile italiano, art. 1343: Causa illecita. La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.

⁵⁵ A conferma di quanto appena detto v. *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi)*, 132, ora facilmente reperibile anche on line //www.consiglionazionaleforense.it/, ove si afferma semplicemente: «Il concetto di causa illecita, per l'art.1343, ha la stessa estensione che riceveva nell'art. 1119 codice civile del 1865».

⁵⁶ A tal proposito è interessante anche l'esperienza dell'America latina, ove per esempio in Colombia è stato anche di recente puntualizzato dalla Corte Costituzionale che: «*La jurisprudencia constitucional ha admitido que (i) la posibilidad de redactar disposiciones de este tipo no está proscribida en el ordenamiento jurídico, a lo que se suma la amplia potestad de configuración del legislador; (ii)*

Diversamente dai Codici sinora brevemente illustrati, il *Bürgerliches Gesetzbuch* si discosta dalla tradizione tripartita francese, mantenendosi fedele a un modello bipartito costituito dal binomio legge-buoni costumi senza introdurre la clausola dell'ordine pubblico⁵⁷.

In realtà durante i lavori preparatori del BGB, si era contemplata l'inserzione della nozione dell'ordine pubblico (in particolare nel § 106 del Progetto), ma a causa della netta avversione di Otto von Gierke, il richiamo all'ordine pubblico fu escluso nella redazione definitiva, in quanto essa avrebbe aperto spazi troppo ampi alla discrezionalità del giudice⁵⁸. Così il § 138 del BGB sancisce, nel primo comma, il principio per cui «*Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig*»⁵⁹.

La scelta legislativa tedesca non è stata priva di rilevanza sulla stessa individuazione del significato dei *gute Sitten*. Dottrina e giurisprudenza, muovendo dall'idea che i *gute Sitten* non dovessero tanto esprimere i principi della morale assoluta o teoretica, quanto la *Rechtsmoral* e cioè l'adattamento giuridico alla morale, hanno finito per ricondurre alla problematica dei *gute Sitten* aspetti che, nel sistema del codice civile italiano, francese, spagnolo, sono stati ricondotti alla clausola dell'ordine pubblico. Secondo una formula del *Reichsgericht* ripresa dal *Bundesgerichtshof*, il buon costume consiste in «*Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden*»⁶⁰. In base a tale 'definizione', il giudice deve fare riferimento, non

expresiones que hacen referencia a códigos de conducta específicos, como sucede con las "buenas costumbres", implican cierto grado de indeterminación. Con todo, (iii) ha precisado también la Corte que esa sola razón no implica su inconstitucionalidad, y que la validez de su concreción en casos particulares depende de las razones que subyacen y al contexto de la norma. Además, (iv) ha sostenido que, con el propósito de no afectar el pluralismo, su constitucionalidad debe condicionarse, en el sentido de que expresiones como buenas conductas sean entendidas como "moral social" o "moral pública"» (Sentencia C-382/19 reperibile al sito istituzionale [https:// www.corteconstitucional.gov.co/](https://www.corteconstitucional.gov.co/)).

⁵⁷ Già prima del BGB, il Codice civile austriaco (cfr. ABGB, § 879) non aveva accolto la novità francese costituita dall'ordine pubblico, facendo riferimento semplicemente alla violazione del buon costume. Va ricordato che prima della riforma del 1916 l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* non prevedeva alcuna clausola generale (quale quella prevista dall'attuale § 879) circa la contrarietà al buon costume, ma si limitava a elencare specifici contratti nulli.

⁵⁸ Sui lavori preparatori del BGB cfr. B. Mugdan, *Die gesamten Materialien zum BGB für das deutsche Reich*, I, Berlin 1899, p. 725.

⁵⁹ Cfr. BGB, § 138: *Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig. (2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen*; v. anche la traduzione italiana di S. Patti (cur.), *Codice civile tedesco. Bürgerliches Gesetzbuch. Traduzione*, Milano 2013, § 138.

⁶⁰ Sul punto v. in specie R. Sack, *Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Moral*

alla propria concezione di buon costume, ma alla morale sociale dominante o meglio alla morale ‘dell’uomo medio ben pensante’ (*des anständigen Durchschnittsmenschen*). Tuttavia, la giurisprudenza tedesca non individua il buon costume solo sulla base della moralità, ma fa riferimento ai principi che sottendono l’ordine giuridico nel suo complesso, più precisamente a quei principi che esprimono una scelta in favore di uno o di un altro valore fondamentale (*Wertentscheidungen und Prinzipien der Gesamtrechtsordnung*) e dunque ai principi costituzionali.

La nozione di buon costume tedesca si allontana dunque dalla tradizionale clausola accolta nei codici di derivazione francese, riflettendo un contenuto più ampio e una concezione più generale che riunisce al suo interno i principi non scritti di moralità contrattuale⁶¹. Ciò risulta in modo chiaro anche dal secondo comma del § 138, che comprende, fra i contratti contrari al buon costume, le pratiche usuarie⁶².

Una via di mezzo rispetto alla tradizione francese e al modello germanico è rappresentata dal Codice civile portoghese del 1967, che ha sostituito il precedente Codice del 1868⁶³, ove l’ordine pubblico è stato accolto non solo come limite dell’autonomia negoziale accanto ai buoni costumi⁶⁴, ma anche quale salva-vita dei diritti civili fondamentali⁶⁵. Allo stesso tempo però anche il buon costume oltre a essere uno dei limiti del contenuto del negozio giuridico (artt. 280 e 281 del *Código civil português*), costituisce, per l’art. 334, rubricato *Abuso do direito*, assieme alla buona fede e al fine sociale o economico del diritto, un limite

als Bestimmungsfaktoren der guten Sitten, in *Neue Juristische Wochenschrift*, München 1985, pp. 761 ss.

⁶¹ Cfr. B. Fauvarque Cosson-D. Mazeaud, *European Contract Law*, München 2008, p. 138 e successivamente G. Terlizzi, *Buon costume e ordine pubblico*, cit., p. 19.

⁶² Cfr. S. Patti, *Codice civile tedesco*, cit., § 138 (2): «È nullo in particolare un negozio giuridico attraverso cui qualcuno, sfruttando lo stato di costrizione, l’inesperienza, la mancanza di discernimento o la rilevante debolezza della volontà di un altro, si lascia promettere o lascia promettere ad un terzo vantaggi patrimoniali per una prestazione che si pongono in evidente sproporzione rispetto alla prestazione».

⁶³ Sulle caratteristiche del Codice civile portoghese v., tra gli altri, C. Ferreira de Almeida – J. Morais Carvalho, *Introdução ao Direito Comparado*, III ed., Coimbra 2013, pp. 49 ss.

⁶⁴ *Código civil português*, art. 280: (*Requisitos do objecto negocial*). *É nulo o negócio jurídico cujo objecto seja física ou legamente impossível, contrário à lei ou indeterminável*. (2) *É nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes*; art. 281: (*Fim contrário à lei ou à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes*). *Se apenas o fi m do negócio jurídico for contrário à lei ou à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes, o negócio só é nulo quando o fi m for comum a ambas as partes*.

⁶⁵ *Código civil português*, art. 81 (1): (*Limitação voluntária dos direitos de personalidade*). *Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública*.

all'esercizio di un diritto soggettivo⁶⁶.

Per il legislatore portoghese il buon costume non sembra rappresentare un compartimento stagno rispetto alla buona fede; non esiste uno stabile confine tra i due concetti anzi molti sono i contratti che sono contrari sia alla buona fede che al buon costume. Tuttavia, l'immoralità, la contrarietà al buon costume va oltre l'ambito della buona fede, che si presenta appunto di contenuto più ristretto rispetto al primo. I *bons costumes* portoghesi si identificano con la morale, gli usi e i costumi sedimentati nella pratica. Si tratta di una normativa immanente alla società, di leggi sociali che non sempre si incontrano nelle parole del legislatore: è il giudice che opera quale organo e interprete della coscienza sociale e serve da intermediario fra questa e la legge⁶⁷.

5. L'interpretazione successiva all'entrata in vigore dei Codici del XIX e XX secolo

Nel quadro appena delineato va detto che, già verso la fine del XIX secolo, la clausola delle *bonnes moeurs* iniziò a subire, in Francia, un processo di erosione, caratterizzato dall'abbandono della tradizionale concezione giusnaturalistica, e dal progressivo avvicinamento della nozione alla morale pubblica (distinta dalla morale privata e soggettiva), più vicina alla nozione di ordine pubblico⁶⁸. A partire dalla metà del XX secolo, la dottrina e la giurisprudenza cominciarono a combinare le due formule, ordine pubblico e buon costume, come espressione di un concetto unitario, nell'ambito del quale l'ordine pubblico assume un ruolo

⁶⁶ *Código civil português*, art. 334: (*Abuso do direito*). *È ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fi m social ou económico desse direito.*

⁶⁷ Sul punto, per un rapido inquadramento relativo al diritto portoghese, v. per tutti in specie P. Pais de Vasconcelos, *Teoria geral do direito civil*, III ed., Coimbra 2005, pp. 661 ss.

⁶⁸ In questo senso cfr. F. Laurent, *Principes de droit civil*, Paris 1878, p. 89, il quale afferma che a ogni epoca della vita umana «corrisponde una dottrina sulla morale accettata dalla coscienza della generalità degli individui» per cui vi sarà sempre «una morale pubblica, e ogni contratto contrario a questa morale sarà contrario ai buoni costumi e, quindi, colpito da nullità». Cfr. anche, M.L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, Paris 1885, p. 316, secondo il quale esistono delle «*bonnes mœurs publiques*» da individuarsi in «quelle abitudini modellate sui sentimenti di delicatezza, di onore, di diligenza, relativi all'esercizio di particolari funzioni». In una posizione ancor più radicale si pone T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, I, Paris 1892, p. 186, il quale ritiene che «*les bonnes mœurs sont celles qui sont indiquées par le législateur lui-même, qui les protège par ses dispositions*». Significativa appare la definizione data da Baudry-Lacantinerie, considerato l'ultimo rappresentante della Scuola dell'Esegesi, per cui i buoni costumi «rientrano nella nozione di ordine pubblico», cfr. G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, XIII ed., I, Paris 1922, p. 51.

del tutto preminente e il buon costume «soltanto un ruolo accessorio»⁶⁹.

All'indomani della Seconda guerra mondiale, la previsione relativa ai buoni costumi fu esplicitamente messa in discussione in occasione del Progetto di Riforma del Codice francese, ma, in seguito a una vivace discussione, la Commissione plenaria, incaricata della riforma, optò per una formulazione di compromesso, ritenendo che il richiamo al buon costume fosse una ridondanza, ma non una inesattezza, dal momento che apportava chiarezza al concetto di ordine pubblico⁷⁰.

I progetti di riforma del *Code civil* non ebbero però seguito e il testo dell'articolo 1133 c.c., che contempla al suo interno la triplice ipotesi di illiceità del contratto (contrarietà alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume), rimase immutato. Tuttavia, con il tempo diventava, in dottrina e in giurisprudenza, crescentemente evidente la crisi di qualsiasi autonomo e distinto ruolo dei buoni costumi, sostanzialmente riassorbiti da una nozione di ordine pubblico che andava assumendo nuovi contenuti⁷¹.

Nel frattempo però, a partire dalla metà degli anni Cinquanta, ebbe inizio un profondo processo di revisione del Codice civile del Basso Canada del 1866, il quale si presentava in origine come una sostanziale imitazione del Codice civile francese e all'art. 990, riproducendo l'art. 1133 del *Code civil*, prevedeva: «*la considération est illegale quand elle est prohibée par la loi, ou contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public*».

Il processo di riforma terminò il 1° gennaio 1994 con l'emanazione del nuovo codice civile del Québec (CCQ), nell'ambito del quale fu eliminata la clausola delle *bonnes moeurs*, perché considerata oramai desueta e parte integrante dell'ordine pubblico. Così l'attuale articolo 1411 del CCQ sulla illiceità della causa del contratto statuisce che «è nullo il contratto la cui causa è vietata dalla legge o contraria all'ordine pubblico»⁷².

Va detto però che nei Codici coevi al CCQ la clausola del buon costume non viene abbandonata: si pensi al Codice civile olandese (*Nederlands Burgerlijk Wetboek*) del 1992, che all'art. 3.40, comma 1 prevede: «È nullo l'atto giuridico che

⁶⁹ P. Malaurie, *Rapport général*, in *La notion de l'ordre public et des bonnes mœurs dans le droit privé*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Montréal 1956, pp. 621 ss.

⁷⁰ L'articolo modificato statuiva che: «*l'acte juridique ne peut un effet être prohibé par une disposition légale imperative ou contraire à l'ordre public, notamment aux bonnes mœurs*». Cfr. *Travaux de la Commission de réforme du Code civil, année 1947-1948*, Paris 1947- 1948, p. 257.

⁷¹ Sul processo di erosione dei buoni costumi in Francia e sull'assorbimento della clausola all'interno dell'ordine pubblico, cfr. D. Fenouillet, *Les bonnes moeurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique!*, cit., pp. 487 ss.

⁷² Cfr. CCQ, art. 1411: *Est nul le contrat dont la cause est prohibée par la loi ou contraire à l'ordre public*.

per il suo contenuto o la sua portata è contrario ai buoni costumi o all'ordine pubblico»⁷³. Sulla stessa linea si pongono anche i più moderni Codici europei, come per esempio il *Tsiviilseadustike üldosa seadus* estone che prevede la nullità per qualsiasi atto giuridico contrario all'ordine costituzionale o al buon costume nonché l'*Obligacijski zakonik* sloveno che al § 86 prevede la nullità del contratto contrario alla Costituzione, alle norme imperative e al buon costume⁷⁴.

Altri 'nuovi' Codici, di chiara ispirazione germanica, ripudiano il concetto di ordine pubblico. Penso per esempio al Codice civile polacco che all'art. 58 disciplina i contratti contrari alle norme di legge e ai «principi della sociale convivenza» (principi questi che sono stati interpretati dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel senso di buon costume e buona fede), o al Codice civile della Repubblica di Ungheria che al § 200 (2), prevede la nullità dei contratti che presentino un evidente contrasto con i buoni costumi, o ancora al Codice civile della Repubblica ceca che al § 39 fa appunto riferimento solamente al contrasto del regolamento contrattuale con i buoni costumi e le norme imperative di legge⁷⁵.

Mentre in Codici di più recente introduzione si continua ad accogliere la tradizionale formula del buon costume, in Paesi come la Francia e l'Italia, si assiste invece, ormai da molti decenni, a una profonda crisi dei buoni costumi e alla loro inclusione nella clausola dell'ordine pubblico.

Addirittura proprio il *Code civil* che aveva influenzato con le sue *bonnes moeurs* numerosi ordinamenti giuridici, si lascia coinvolgere dal processo di 'modernizzazione' e giunge, con l'*Ordonnance* di riforma del 2016, alla definitiva soppressione del riferimento alle *bonnes moeurs* quale limite alla libertà contrattuale.

L'Italia, dal canto suo, pur non avendo abolito formalmente il buon costume, sembra ormai ad esso guardare con sfavore. Già a partire dagli anni '70 si registra nella giurisprudenza il riferimento sempre più diffuso a ordine pubblico e buon costume come una vera endiadi, perlopiù con attrazione del secondo nel primo. Si diffonde l'idea che il buon costume non si distingue «ma sia in rilevante misura ricompreso nello spazio più ampio occupato dall'ordine pubblico, di cui rappresenta una particolare connotazione: l'ordine pubblico etico»⁷⁶.

L'ordine pubblico nel quale è stato assorbito il buon costume, in Italia e

⁷³ *Nederlands Burgerlijk Wetboek*, art. 3.40 (1): *Een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, is nietig.*

⁷⁴ Cfr. *Tsiviilseadustike üldosa seadus* estone, § 66 (1) e *Obligacijski zakonik* sloveno, § 86.

⁷⁵ Per il richiamo del buon costume nei paesi del Nord Europa, cfr. C. von Bar - E. Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, I, Munich 2009, pp. 537-538.

⁷⁶ Cfr. F. Di Marzio, *Il contratto in generale*, cit., p. 391.

Francia, è un ordine pubblico che perde dunque il suo carattere «monolitico»⁷⁷, allargando la sua sfera di applicazione e frazionandosi, anche a livello terminologico, in tante nozioni distinte, tra cui 'l'ordine pubblico morale'. Nella dottrina francese viene coniata in particolare l'espressione «*ordre public philanthropique*», un ordine pubblico che protegge la persona nella sua sfera individuale e relazionale e rinvia anche alla dignità della persona consacrata nelle Carte costituzionali⁷⁸. «L'enorme eco del valore della dignità nella società odierna ben si lega ad una nuova concezione – filantropica appunto – di ordine pubblico, che risulta effettivamente in grado di eclissare il “buon costume”, facendolo scomparire dal diritto»⁷⁹.

6. Conclusioni

Dall'*excursus*, diacronico e sincronico insieme, appena delineato, appare che la tendenza alla soppressione della clausola del buon costume con conseguente attrazione in quella dell'ordine pubblico sia dettata, già all'indomani dell'entrata in vigore dei Codici ottocenteschi, dalla necessità di evitare il contenuto etico e le puntualizzazioni filosofiche cui i buoni costumi rinviano, costringendo il giurista a muoversi in sentieri che non gli sono usuali.

Tale necessità si avverte poi sempre più in una società caratterizzata da un'accentuata mobilità sociale, da una forte evoluzione pluralistica e dal dissolversi del tradizionale ordine di valori, elementi questi che renderebbero inutilizzabile la clausola extra-giuridica del buon costume. Ne consegue che nei Paesi - come ad esempio la Germania nonché le nazioni che hanno adottato Codici più recenti di ispirazione tedesca (v. Polonia, Repubblica Ceca) - dove la crisi della clausola in esame è meno forte – anche per il mancato formale accoglimento del concetto di ordine pubblico – si assiste a una 'costituzionalizzazione' del buon costume che permetterebbe a siffatta clausola di passare da un contesto morale a un contesto legale, quello appunto della legge costituzionale.

Negli ordinamenti invece in cui si è proceduto a una soppressione (formale come in Québec e Francia, solo dottrinale e giurisprudenziale in Italia) del buon costume, esso è stato assorbito dall'«ordine pubblico filantropico», che si presterebbe a essere di più facile traduzione giuridica, esplicando i suoi effetti in maniera più concreta rispetto al rinvio ai buoni costumi. Lo scopo degli interpreti attuali è quello di passare da clausole generali che rinviano a un contesto sociale

⁷⁷ G. Resta, *Contratto e persona*, in V. Roppo (cur.), *Trattato del contratto*, VI, Milano 2006, p. 15.

⁷⁸ Cfr. D. Fenouillet, *Les bonnes moeurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique!*, cit. pp. 487 ss.

⁷⁹ Così G. Terlizzi, *Buon costume e ordine pubblico*, cit., p. 24, ma v., già prima, Fenouillet, Ivi, p. 490.

e pre-giuridico a clausole generali che si collocano esclusivamente nell'ambito normativo.

Tuttavia, quell'ordine pubblico filantropico ormai utilizzato come limite alla libertà dei costumi continua a oscillare tra la morale e il diritto restando intriso di quegli stessi valori morali, sociologici e comunque extragiuridici implicati nella clausola del buon costume. Il problema allora del rapporto morale/diritto, nonostante gli immani sforzi di legislatori, dottrina e giurisprudenza, non è mai stato superato, ha solo cambiato nome!

Viene allora da chiedersi se non fosse stato più semplice riflettere sulla matrice storica del buon costume, ossia sul diritto romano e sulla tradizione romanistica successiva, per comprendere che la convivenza pacifica tra *boni mores* e diritto è possibile, anzi è forse necessaria. Già i giuristi romani e gli interpreti successivi ci hanno insegnato che nel caso del contratto *contra bonos mores*, non si deve pretendere dal 'legislatore' alcun perfezionamento morale: il precetto giuridico infatti non si propone di moralizzare, ma si limita soltanto a impedire che l'immoralità, per svolgersi, si serva degli strumenti giuridici, rifiutando così di prestare la sua assistenza ai negozi che la morale disapprova.

Non riesco a scorgere una differenza sostanziale, se non terminologica, tra i *boni mores* e l'«ordine pubblico filantropico». Mi sembra che i *boni mores* dei romani, mai più come in questo momento, ricordano proprio l'anatra di Goethe, «che si immerge nell'acqua, di tanto in tanto scompare, ma non va mai interamente perduta e prima o poi riemerge in tutta la sua vitalità»⁸⁰.

I buoni costumi non sono morti!

⁸⁰ Si fa qui riferimento alla traduzione in italiano di J. P. Eckermann, *Conversazioni con Goethe negli ultimi anni della sua vita*, a cura di E. Ganni, Torino 2008, p. 265. Sulla metafora di Goethe v., tra gli altri, L. Peppe, *Uso e ri-uso del diritto romano*, Torino 2012, VIII ss.